

△論
説▽

財産犯における領得概念（一）

内
田
幸
隆

- 一 はじめに
- 二 領得罪の法益
 - （1）占有説に対する検討
 - （2）本権説に対する検討
 - （3）小括
- 三 領得意思の要否
 - （1）違法要素説
 - （2）違法・責任要素分属説、限定責任要素説
 - （3）領得意思不要説
 - （4）小括（以上本号）
- 四 領得の対象
- 五 領得行為とその結果
- 六 領得罪とその他の財産犯との関係
- 七 むすびにかえて

一 はじめに

これまでの稿において取り上げたのは、第一主題として「背任罪固有の領域の確定」、第二主題として「背任罪とその他の財産犯との統一的区別基準の確定」というものであった。⁽¹⁾⁽²⁾⁽³⁾その帰結を簡単に示すと、領得罪に対して背任罪は、構成要件段階において区別されなければならないというものである。⁽⁴⁾これに対して、本稿は、上記の二つの主題にとって対となるべき主題、すなわち「領得とは何か」を扱うことにする。領得概念を明らかにすることで、領得罪と対置されるべき背任罪の輪郭が浮き彫りになり、ひいては財産犯全体の構造も視野におさめることが可能となる。それゆえ、以下では、領得概念の持つ機能を問題にするというよりは、領得概念そのものを検討することに力点を置きたい。

ところで、財産犯は深い森のような領域を形成している。しかし、学説はまさに木を見て森を見ずという状況である。つまり、財産犯の個別的な論点が論じられてはいても、例えば、なぜ窃盗罪は器物損壊罪よりも法定刑が重いのかという財産犯相互の根本的な問題については、さほど議論がされていないという印象を受ける。これに対して本稿は、窃盗罪と器物損壊罪とを個別に論じるというよりも、窃盗罪をはじめとする領得罪がなぜその他の財産犯とは違うのかというその「差異」を考察するものである。そして、窃盗罪、横領罪にあつて器物損壊罪にはないもの、それは「領得」である。

具体的には、領得がはたして主観的要素に尽きるのか、それとも客観的要素に還元されるのか、そもそも固有の違法要素なのか、それとも固有の責任要素なのか、が問題になってくる。だが、まずは領得罪における法益を検討したい。刑法が法益保護のためであるとすれば、法益とまったく無関係に領得概念を論じることとはできないはずだからで

ある。

二 領得罪の法益

犯罪の罪質を探る手がかりは法定刑にある。そこで財産犯の法定刑について見ると、例えば、窃盗罪は十年以下の懲役、詐欺罪は同じく十年以下の懲役、委託物横領罪は五年以下の懲役、占有離脱物横領罪は一年以下の懲役又は十万円以下の罰金若しくは科料、器物損壊罪は三年以下の懲役又は三十万円以下の罰金若しくは科料、とされている。注目すべきなのは、その攻撃客体が同じく「他人の財産」であるにもかかわらず、それぞれの法定刑に格差が生じているということである。これに対して、殺人罪と傷害罪を比較する場合、その攻撃客体が同じく「他人の身体」であるにもかかわらず、その法定刑に格差があるのは、両罪の法益が異なる点に理由がある。しかしながら、財産犯を問題にする場合、少なくとも委託物横領罪と器物損壊罪の法益は同じく「所有権」であると考えることができる。⁽⁵⁾とするならば、財産犯相互でその法定刑に格差があるのは、そこに法益侵害以外の何かが考慮されているか、それとも法益侵害の枠組みの中で「所有権」侵害以外の何らかの利益もしくは秩序侵害が問題にされていると考えることができる。ところで窃盗罪においては、そもそもその法益につきいまだに議論が尽きない状況にある。まずこの窃盗罪の法益を検討することで、本稿における議論の道筋を明らかにすることとしたい。

(1) 占有説に対する検討

窃盗罪の法益に関しては、大きく分けて占有説と本権説とが対立している。⁽⁶⁾ここではこの二つの学説の細かな分類には立ち入らない。その細かな説の対立を検討する前に、そもそもなぜ「占有」あるいは「本権」を窃盗罪の法益と

することができるのか、という地点から出発しなければならないはずだからである。

まず、占有説から検討してみると、次のようなくつかの難点がある。第一に、単なる占有侵害だけを問題とするために、所有権侵害を問題とする器物損壊罪との法定刑の格差を説明することが難しくなる。すなわち、所有権侵害においては、法的に所有権を喪失すること、または事実的にその行使が困難となるという「持続的な状態」を評価することができる。しかし、占有侵害において評価できるのは、占有を奪われるという「瞬間的な出来事」である。占有侵害は、所有権侵害という持続的な状態に包括することのできる出来事であり、窃盗罪においては所有権をはじめとする本権侵害の出発点にあると考えられる。これに対して、占有を喪失したという持続的な状態は、占有侵害という瞬間的な出来事に解消することができないものである。具体的にいえば、盗まれた物が一時間後に返還されようと一年後に返還されようと、ある時点で当該物の占有を失ったという評価に変わりはない。すなわち、ある瞬間的な出来事を問題にする占有侵害が、ある持続的な状態にする所有権侵害よりも、違法性という点において程度が高いとはいえないのである。単純に見ても、本権を失うことと占有を失うことでは前者のほうが深刻な事態である。本権を失えばそもそもその本権自体を取り戻すことはできないのに対して、占有を失っても本権をもって占有を取り戻すことは可能なのである。

次に占有説には、窃盗罪既遂後の不可罰的事後行為が説明できないという難点がある。⁽⁷⁾ 例えば窃盗犯人が盗んだ物を壊したという場合、通常は当該物につき窃盗罪だけが認められ、別個に器物損壊罪が成立することはない。このような不可罰的事後行為を実体法上において説明する限りで、占有説は答えに窮するであろう。すなわち、占有侵害を超える所有権侵害という状態を窃盗罪で包括的に評価することができないからである。これは行為規範違反というレベルにおいてはさらに深刻である。つまり、「人の物を盗むな」という規範と「人の物を壊すな」という規範はまった

く異なるものであって、この二つの規範違反を一つの窃盗罪だけで評価することは不可能なのである。窃盗犯人が盗んだ物を壊したという場合、占有説は必然的に窃盗罪と器物損壊罪の併合罪という結論に至ることになるはずである。これに対して、平野龍一は、目的物が窃取後費消された場合の処理につき、不可罰的事後行為を認めることは可能だとして次のように反論する。すなわち、「占有とは、当然、事実上の使用収益の可能性を前提とする。ただ、それが民事法上の正当な権原にもとづくものである必要はない」とし、当該物の占有を侵害して事実上使用収益することが不法領得となる、と。⁽⁸⁾おそらく平野は、目的物が窃取後費消されることで、占有者の「事実上の使用収益の可能性」が奪われたとし、これを窃盗罪で包括的に評価するのである。たとえ目的物が窃取後損壊されたとしても、占有者の「事実上の使用収益の可能性」が奪われたという点では同じく窃盗罪で包括的に処理できよう。

だが、占有とは、物に対する事実的支配を意味している。支配という、今そこにある「現実の状態」とは異なり、「事実上の使用収益の可能性」は、「将来的な期待」に過ぎない。それゆえ、平野の見解はすでに占有説から逸脱しているのである。さらにいえば、「事実上の使用収益の可能性」が保護されるためには、もともと占有につき何らかの権原が必要であろう。法的な裏付けのない「将来の期待」を刑法において保護することはできないのである。

また、伊東研祐は、占有説の立場から、窃盗罪における占有奪取後の利用行為が不可罰的事後行為になることにつき、次のように主張する。すなわち、「窃盗罪等の領得罪の重罰化は、この利用行為を占有奪取時から目的としていることを不法実体として包摂処罰している、その意味で利用処分意思を主観的不法要素として捉えていると解すべきである」と。⁽⁹⁾

しかし、これは単なる処罰の先取りを意味するに過ぎない。奪取時に利用処分意思さえあれば、後に実際に利用行為があろうとなかろうと関係なく、行為者は窃盗罪で処罰されるであろうからである。しかもその利用行為が刑法上

必ず把握されるものであるかは疑問である。例えば、盗んだ本を読んだとする。この読書行為自体は、占有離脱物横領罪とも委託物横領罪とも（自らその占有を窃取した物については占有離脱物とも委託物ともいえない）、あるいは他の何らかの犯罪であるとも評価しがたい（読書行為による本の汚れについて器物損壊罪が成立するかもしれないが、これは利用処分意思の範囲外のものである）。しかし、読書する目的で他人の本を盗む際には当然利用処分意思が認められることになろう。このように刑法上問題にならない行為を目的とすることがなぜ領得罪の違法性を高めることになるのかさなる根拠を示す必要がある。また伊東の見解によったとしても、占有奪取後目的物が壊された場合につき、不可罰的事後行為の問題を説明することはできない。損壊行為は、利用処分意思によって包摂され得ないからである。

最後に、占有説、あるいは占有説を基にした中間説をとる論者の多くは、窃取行為の定義について、他人の占有する財物を自己または第三者の占有に移すことであるとしている⁽¹⁰⁾。だが、窃盗罪の法益が占有であるならば、他人の占有を侵害した時点で行為は終了するはずである。というのも、占有を侵害した後、当該物につき自己の占有を新たに設定することは（占有侵害を問題にする刑法にとって）意味を持たないはずだからである。にもかかわらず、占有説が窃盗罪に占有の転換を要求するのは、新たに占有を設定することで「自己の物」にすること、あるいは「第三者の物」にすることに重要な意味があるからであろう。すなわち、窃盗罪と器物損壊罪の法定刑の格差を説明するために、目的物の占有の転換という点において、占有侵害とは異なる枠組みで財産秩序侵害を問い、または悪質な領得意思の発現を見るのかもしれない。結局のところ、占有説をとったとしても、単純に占有侵害だけをもって窃盗罪を認めることはできないのである。

さらにあえていうならば、窃盗罪において占有説をとる場合、窃盗罪は状態犯でも継続犯でもないことになる。占

有を奪われた後は（当然のことながら）保護されるべき法益が消滅しているからである。これは、例えば殺人罪と類似した状況にあることを意味する。すなわち、殺人罪において、殺害の結果発生後の事情が違法評価の対象とならないように（時効はともかくとして、殺人罪にとって死亡状態の継続は意味を持たない）、占有説をとるならば、窃盗罪においても占有奪取後の事情は違法評価の対象とはなり得ないのである。

（2）本権説に対する検討

しかしながら、窃盗罪の本質につき本権説をとったとしても、これで一元的に窃盗罪の重さを説明できるわけではない。なぜなら器物損壊罪においても所有権侵害が問題にされているからである。窃盗罪において本権説をとることは、ようやく器物損壊罪と同じスタートラインに立つことを意味するに過ぎない。したがって、窃盗罪が器物損壊罪よりも重いことを説明するためにさらなる根拠を示す必要がある。

また、占有説と同じく窃取行為に占有の転換を要求することは本権説においても論理必然的に出てくるわけではない。⁽¹¹⁾ 他人の占有を侵害した時点で他人の本権に対する侵害も始まっており、また、自己の占有取得は、他人の本権に対する侵害と直接的な関係がないからである。すなわち、占有を侵害した後、目的物を投棄しようと、自己の占有下に置こうと、他人の所有権が侵害されているという状態に変わりはない。

本権説をとり、なおかつ領得意思を必要とする見解は、⁽¹²⁾ 窃取行為に占有の転換を必要とする点で、その悪質な意思が発現されたとして器物損壊罪と法定刑の格差を見出そうとするのかもしれない。⁽¹³⁾ いずれにせよ、領得意思を必要とする本権説の立場から、窃取行為における占有の転換をどう根拠づけるかは、いまだ明らかにされていない。

これに対して、本権説をとるが、領得意思を不要とする見解は、法益侵害とは無関係な政策的な観点から窃盗罪の

法定刑の重さを説明しようとする。⁽¹⁴⁾しかし、そのような説明は、実体法的な根拠を政策的な判断にすりかえるものであり、かつ窃取行為に占有の転換を要求する根拠が不明確になると思われる。

結局、本権説の方が、占有説の持つ固有の欠点を免れる分だけ、理論的に正しいと思われるが、それだけでは窃盗罪の重さを説明することができないということも確かなのである。この問題は後でさらに詳しく考察してみたい。

(3) 小活

以上の論述においては、領得意思の発現と占有の転換を関連づけてみたが、これは従来と異なる見方かもしれない。⁽¹⁵⁾窃盗罪において領得意思を必要とする見解もその意思の発現までは要求していないものと思われるからである。

しかし、窃盗罪において領得意思必要説をとり、なおかつこの意思が客観的な出来事とまったく関連性のない行為者の主観だとすると、窃取行為に占有の転換を要求する根拠が完全に宙に浮いてしまう。というのも、占有説をとると、本権説をとると、占有を侵害した時点で行為者に領得意思があれば、一応器物損壊罪とは（主観的に）区別された窃盗罪としての罪質の重さが実体的に説明され得るからである。

領得意思の問題についてはさらに詳しく次章で扱うが、窃盗罪についてはとりあえず以下のような図式が成り立つ。すなわち、第一に、理論的には占有説よりも本権説が優れている。ただし、第二に、本権説をとると、占有説をとると、領得意思を必要とするならば、窃盗罪の重さを説明する可能性が生じる。第三に、本権説をとると、占有説をとると、領得意思を不要とするならば、本権侵害、占有侵害以外の何らかの利益侵害、秩序侵害を根拠にすることで、窃盗罪の重さを説明しなければならない、というものである。

以上のような窃盗罪固有の問題に対して、さらに占有離脱物横領罪がなぜ器物損壊罪よりも軽いのかも問題にしない。

ければならないであろう。⁽¹⁶⁾ここでは、器物損壊罪に対して「何か」を「付け加えて」説明するのではなく、「何か」を「差し引いて」説明しなければならない（さらにいえば、差し引いた後、何か違うものを持ってこなければならぬかもしれない）。仮に占有離脱物横領罪の法益が所有権にあるのであれば、占有離脱物横領罪と器物損壊罪はやはり同じスタートラインに立っているからである。それゆえ、占有離脱物横領罪の法益が所有権にあることを前提とすると、その罪質の軽さを説明するために、法益侵害というレベルにはない、何らかの実体法的、政策的な根拠を必要とする。これに対して、占有離脱物横領罪の法益が所有権ではなく、それより低い利益であるならば、法益侵害というレベルでその罪質の軽さを説明することになる。この後者の説明に限って本稿の結論を先取りしているのであれば、おそらく占有離脱物横領罪においては領得の最も純粋な形態が問題になっているものと思われる。詳しくはやはり後の章で扱うことにしたい。

最終的に、窃盗罪、委託物横領罪、占有離脱物横領罪などの領得罪において、その罪質を本権説から、すなわち所有権侵害から一元的に説明するのは不可能である（占有説はそもそも必要条件にすらならない）。領得罪を客観的な法益侵害レベルで全て説明するためには、所有権侵害以外の利益侵害ないしは秩序侵害を考慮し、さらに占有離脱物横領罪では、そもそも所有権侵害ではなく、それよりも低い利益侵害を問題にする必要があるからである。これに対して、領得罪を法益侵害レベルで全て説明することを放棄するなら、違法や責任といった犯罪論のレベルを仲介とした一般予防の見地か、それとも完全に政策的な一般予防の見地からその罪質を説明することになる。

そこで次章において、領得罪において最も激しく論争されてきた領得意思について検討することとしたい。ここで一義的に問題になってくるのは、領得意思という主観的要素が、法益侵害と結びつくといえるのか、それとも領得意思の存在が、一般予防に関連して、法益侵害とは全く異なる主観的な見地から領得罪を特徴づけるのか、ということ

である。さらに、もし領得意思の存在が領得罪の罪質をよりよく説明することができないのであれば、領得意思とは異なる客観的な見地からその罪質を根拠づける必要性が出てくるのである。そこでは領得行為における占有轉換の意味も問われることになろう。

三 領得意思の要否

議論の組み立て方からいえば、領得概念が明らかになつてはじめてその意思の問題を論ずるということになろう。しかし、従来の領得意思必要説は必ずしもそうではなく、領得罪においてまず領得意思が必要であるとした上で、その内容について議論を進めているような印象を受ける。その理由は、客観面だけを見た場合、窃盜罪のような領得罪に対して、器物損壊罪や不可罰とされる使用窃盜を区別することができないと考えている点にあると思われる。⁽¹⁷⁾すなわち、領得意思必要説は、使用窃盜や器物損壊罪に対して、主観的に何かが付加わっているということから領得罪の罪質を説明しようするのである。したがって、本稿で興味があるのは、故意には解消されない領得意思の要否そのものである。これと同時に、この主観的要素である領得意思がはたして違法加重要素なのか、責任加重要素なのかも問題になってくる。

(1) 違法要素説

領得意思の内容は、一応のところ、権利者を従前の地位から排除するという意味での「排除意思」と、目的物を自己の物として利用・処分するという意味での「利用意思」に分けることができる。違法要素説は、この二つの意思からなる領得意思を主観的違法要素として把握する。この点につき、例えば、中森喜彦は、次のように説明している。

すなわち、まず利用意思が窃盗罪において必要とされ、毀棄罪よりも窃盗罪を重く特徴づけるその理由は、責任段階において行為者に対する個別的な非難可能性の大きさを問題にする以前に、そのような意思を伴う行為が広く行われることを理由とする一般予防の必要の大きさが問題になっている点にある。次に領得意思における排除意思の側面は、法益侵害の量に関わるから違法要素である、という⁽¹⁸⁾。

中森の見解につき、まず指摘しておきたいのは、違法性と一般予防を直結させていることである。違法が、法益侵害からなるのか、それとも行為規範違反からなるのか、あるいはこの二つから構成されるかは、もちろん論者によって異なるところである。しかしながら、法益が侵害されたから一般予防の必要性がある、行為規範が違反されたから一般予防の必要性がある、とはいえても、一般予防の必要性が高いから違法評価が高まる、とはいえない⁽¹⁹⁾。法益侵害や行為規範違反を媒介としない一般予防は、刑法の任務を超えるものである。中森は窃盗罪の保護法益につき、本権説でも占有説でもない中間説をとっているが⁽²⁰⁾、中間説を肯定するにせよ、利用意思は所有権侵害にも占有侵害にもかかわりを持たず、さらに「人の物を盗むな」という行為規範にもかかわりを持たない行為者の内面的事象である。もしそうでなければ他人の物を盗んだ者に対してさらに領得意思の有無を問う意味がないであろう。このように違法評価と関係のない行為者の主観を違法に持ち込むのは不当である。

さらにいえば、たとえ一般予防を違法に直結させること自体を正当化したとしても、その必要性をどれだけ違法評価に反映させるかが不明確である。一般予防の必要性が高ければ際限なく違法評価は高まることになり、その制限は見出しえない。窃盗罪の場合、その数は統計的にきわめて大きく、これを厳しく処罰して、一般予防効果を上げる必要があるとは一応説明できるかもしれない。しかし、それでは世の中でやはり広く行われている単純な道路交通法違反が比較的軽く扱われていることが理解できなくなる。単純に数が多いから一般予防の必要が高いとは必ずしもいえ

ない。⁽²¹⁾ 違法評価において窃盗罪と単純な道路交通法違反の取り扱いの違いが合理的であるとすれば、その違いは利益侵害の大きさにあると思われる。予防は利益侵害の後に来る二次的問題であって、せいぜいその反映でしかない。逆に、近時において道路交通法が改正され、ある特定の罰則の法定刑が引き上げられたのは、その特定の罰則に対する違反が、重大な利益侵害に直結しているからと考えられるのである。

以上の点に関連し、中森は次のようにも述べている。すなわち、「行為の違法性が法益の侵害・危険に尽きるものと考えらるべきかは疑問であり、規範違反の程度も重要な要素をなしていると考えれば、一般予防の必要がより大きいことは財産秩序全体に対する脅威がより大きいことを意味し、違法性の次元で説明しうる事柄であるといつてよい」⁽²²⁾。しかしながら、刑法における行為ないし行動規範が法益保護のために設定されていることは、行為無価値論の立場であつても認められているところである。⁽²³⁾ そうであれば、財産秩序に対する侵害を広い意味で窃盗罪の法益に取り込むという点に限って、中森の主張は理解することができる。⁽²⁴⁾ だが、秩序侵害そのものに程度を付すことはできない。程度を付すことができるのは、その秩序侵害を個々の利益侵害に還元し、それを量的に把握する場合のみである。また、財産秩序全体に対する脅威が高いから一般予防の必要性が高まるとは一応いえても、逆は必ずしもそうはいえない。さらに、前述のように、窃盗の数が多から財産秩序に対する脅威があるとはいえても、単純な数の多さはそのまま一般予防の必要性に結びつかないのである。

次に中森の見解に対して検討されるべきなのは、排除意思が法益侵害の量に関係を持つとするこの意味である。中森は窃盗の故意と切り離す形で排除意思を論じているのであるから、逆に見てその故意の対象は目的物の奪取にとどまることになろう。それゆえ、排除意思は目的物の奪取（＝占有侵害）後の出来事を問題にしていることになる。ここから当然の帰結として、目的物の奪取後の出来事は法益侵害に関係することとなる。それゆえ、中森のいう排除

意思は自ずと所有権侵害を問題にしなければならぬはずである。目的物の奪取後の出来事は、その単なる占有侵害を超えるものだからである。このような意味で団藤重光が、窃盗罪の「不法領得の意思は、主観的違法要素として、所有権そのものの侵害を構成要件要素に取り込む働きを有する。つまり、所有権の客観的な侵害は必要でないが、所有権侵害に向けられた意思を必要とすることによって、主観的要素の形で、所有権侵害の要素が構成要件の中にはいつて来るのである」と主張するのは⁽²⁵⁾理解されるところである。

しかし、そうであれば、中森がいうように、ことさらに排除意思を独立して取り上げるのではなく、故意に解消することが考えられるべきなのである。なぜならば、占有が侵害されることで、事実上、所有権の侵害もまた始まっているからである。すなわち、占有を失えば、所有者は所有権に基づき当該物を使用、収益、処分することが必然的にできなくなる。窃盗罪において事実的な所有権侵害が問題になる以上、この侵害の認識は当然故意となろう。また、現に器物損壊罪においては、所有権侵害について故意と切り離れた形で排除意思が問題になっていない。もちろんそもそも故意が主観的違法要素かという問題が次に出てくるが、排除意思が故意とは独立した違法加重要素ではないことをここでは確認したい。つまり、排除意思があることで窃盗罪をはじめとする領得罪が器物損壊罪よりも主観的にその違法性に関して加重されているわけではないのである。そうでなければ、故意として同じく排除意思を想定することのできる器物損壊罪の法定刑が、窃盗罪のそれよりも軽くなる理由を説明することができない。窃盗罪と器物損壊罪は、客観面として所有権侵害、主観面として（故意としての）排除意思を双方とも予定しているのである。

以上の点につき、仮に、窃盗罪が領得未遂罪として、その既遂結果が「所有権侵害の危険」にあるにしても、⁽²⁶⁾窃取行為が所有権侵害に至る中間結果に過ぎないことは確認されるべきである。それゆえ、窃盗罪も器物損壊罪も、所有権侵害という意味に限っていえば、最終的に違法評価の上で等価である。そうであれば、所有権侵害の目的＝排除意

思は、「所有権侵害の危険」が持つ固有の違法性に対してさらなる違法性を領得罪に付け加えることはない。これは、未遂犯において既遂の故意（ここではいわば所有権侵害の目的）が存在することにより、その違法性が既遂犯（ここではいわば器物損壊罪）よりも高まることはないのとまったく同様である。

（2）違法・責任要素分属説、限定責任要素説

違法要素説に対して、近時では、不法領得の意思のうち、ある一部分は責任要素に属するとする見解が有力化している。それは、まず、不法領得の意思は故意に還元できないとしつつ、その体系的地位について、「排除意思」は違法要素に、また「利用意思」は責任要素に分けて考察する見解であり、いわば違法・責任要素分属説ともいうべきものである。これに対して、「排除意思」を故意に還元し、残った「利用意思」のみが責任要素となるとする限定責任要素説も主張されている。この二つの見解に共通しているのは、違法評価と直接的な関係を持たない「利用意思」については責任要素とするという点である。

このように不法領得の意思を分析的に検討する論者として早くは平野龍一とシュミットホイザーが挙げられよう。平野は、領得意思について「所有権者のように振舞う意思」と「経済的用法に従って利用する意思」に分け、前者は法益侵害に関連し主観的違法要素となり得るが、後者については行為者の心情であって、主観的違法要素とはいえず、⁽²⁷⁾責任要素とするのが妥当と指摘していたのである。⁽²⁸⁾

また、シュミットホイザーも同じく次のように論じている。すなわち、所為の不法とは、法益の侵害（あるいはせいぜい行為態様、投入された力の種類、手段の危険性、同時になされた他の利益の侵害）によって基礎づけられるのであり、行為者によって追求された利益によっては基礎づけられない、そして、この追求された利益とは、行為者の

精神的態度における固有の過ちのみを特徴づけるのであり、それゆえ責任を規定するものである、と。その上で、窃盗及び横領で問題になる法益侵害のみを前提とするなら、そこでいう法益侵害は、同じく当該物が所有者から完全な破壊によって、または隠匿によって永久に若しくは相当な期間奪い去られた場合においても確認することができるであろう、それゆえ、領得意図 (Zueignungsabsicht) のうち剝奪意図 (Enteignungsabsicht) のみが不法構成要件に属するのである、とする。また、シュミットホイザーは、着服意図 (Aneignungsabsicht) について法益侵害とは直接的な関係がなく、これが窃盗罪や横領罪に取り入れられたのは、歴史的に見て永続的な剝奪の志向がしばしば着服という形態において生じてきたという事実によるものである、という。そこで、領得意図における着服要素は、責任構成要件に属するのであるが、こうした利己的な動機が存在することによって、単に意地悪するために当該物を所有者から奪い去る場合に較べて責任の程度が高まるわけではない、ともいう。すなわち、要罰性の観点からすれば、こうした単純な奪い去りの事例が着服意図を持ってなされた窃盗や横領行為と較べて軽いとはいえないからである、と。⁽²⁹⁾

このような平野やシュミットホイザーの指摘は、法益侵害に直接関係のない「利用意思」、「着服意図」を主観的違法要素として認めないという限りにおいて正当なものだと考えられる。さらに、シュミットホイザーがたとえ着服意図が責任要素になるのだとしても、これは責任非難の程度を高めるものではないとする指摘はきわめて重要である(ただしシュミットホイザーは、着服要素について歴史的な伝統を単純には拒否することはできず、どこかで折り合いをつけなければならないともいう)⁽³⁰⁾。

(イ) 排除意思の位置づけ

以上のように、平野やシュミットホイザーは、「排除意思」を違法に位置づけており、まずここから検討してみたい。ここで問題になるのは、違法・責任要素分属説が、「排除意思」ないしは「剝奪意図」を主観的違法要素とするのはな

ぜか、という点である。

例えば、違法・責任要素分属説をとる山口厚は窃盗罪において不法領得の意思は必要であるとして次のようにいう。すなわち、窃盗罪は占有の取得により既遂となるから、既遂後の利用妨害の程度を窃盗罪の成否において考慮することは不可能である、それゆえ、可罰的な程度の利用妨害を「可罰的違法性」の見地から要求しつつも、それを行為時に繰り上げ、それに向けられた意思という形で犯罪成立要件とするしかない、この意味で排除意思は可罰的な法益侵害（利用妨害）を惹起しようとする意思であり、その危険性を基礎づけるものとして、主観的違法要素と解されることになる、と。⁽³¹⁾ また同じく違法・責任要素分属説を採る林幹人も、窃盗罪において占有奪取時に既遂が成立することを重視し、窃盗罪が成立するためには「実質的に重大な法益侵害に向けられた意思」が必要なのであって、これが不法領得の意思であると述べている。⁽³²⁾

これらの見解は、おそらく窃盗罪を領得未遂罪として捉え、領得結果が発生する危険を認める主観的要素として不法領得の意思を要求しているのだと思われる。⁽³³⁾ この意味で、これらの見解は、未遂犯において既遂故意を主観的違法要素として認め、その違法認定機能を肯定する見解と平行なものである。それゆえ、平野が未遂犯において既遂故意を主観的違法要素として認め、⁽³⁴⁾ 山口が未遂犯における具体的危険発生⁽³⁵⁾の判断につき行為者の行為意思を考慮するのは、不法領得の意思を主観的違法要素として認めるその理論的背景になっっていると思われる。

これに対して、林は、未遂犯において、実行未遂の場合は危険発生⁽³⁶⁾の判断につき行為者の意思を考慮しないが、着手未遂の場合は危険発生⁽³⁷⁾の判断につき行為者の意思内容を明らかにする必要があるという。その根拠は、自己の後の行為を目的とする目的犯においては、どのような意思内容であったかを明らかにしなければ、行為の不法内容を決定できない場合があり得るから、というものである。このような主張に立った上で、林は、窃盗罪における不法領得の

意思（おそらくその中の排除意思）を主観的違法要素として肯定するのである⁽³⁶⁾。だが、もし林が、窃盗罪において占有奪取行為を先行行為と解し、利用処分行為を占有奪取に続く後行行為と解しているのであれば、不当である。なぜなら利用処分結果は窃盗罪における本権侵害と直接的な関係がないからである。また仮に利用処分結果を本権侵害に関係づけ、利用意思を主観的違法要素としたとしても、今度は、分属説を前提として利用意思を責任要素とするその林自身の議論の前提と矛盾することになるのである。このような批判を回避するため、逆に、林が窃盗罪を着手未遂類型とするのではなく、領得結果（＝本権侵害）に対する実行未遂類型とするのだとしても不当である。窃盗罪が実行未遂類型であるならば、林の見解を前提とすると、行為者の意思内容を考慮することなく客観的にその危険性判断をすることができるはずだからである。占有奪取という排除行為（＝本権危殆化行為）に対して、さらに後の排除行為（＝本権侵害行為）を想定するのも不当であろう。窃盗罪は、そのように排除行為が分割されるような構造に必ずしもなっていないからである。

それでは平野や山口の見解についてはどうか。未遂犯の危険性判断において、行為者の意思を考慮せざるを得ないという点につき、本稿の文脈に限っていえば、以下のように指摘できよう。すなわち、窃盗罪において占有奪取後のさらなる排除行為はもとも予定されておらず、これを目的とすることはできないし、分属説をとる以上、同じく利用行為はこれを目的として違法評価段階に取り入れられない。しかし、窃盗罪が実行未遂類型であるならば、林がいうように、その危険性を客観的に判断すればよいだけである。それゆえ、領得意思は、主観的違法要素として認める必要はなく、その違法加重機能も認められないことになる。ただ、分属説の論者は、限定責任要素説の論者と同じく、責任要素としての不法領得の意思に責任加重機能を認めている。この点について詳しくは後述する。

なお、同じく分属説をとる西田典之は、窃盗罪における不法領得の意思を主観的違法要素として根拠づけるために、

次のように主張している。すなわち、窃盗罪が状態犯である以上、無断一時使用の可罰性の判断も占有奪取時になされる必要がある、したがって、事後の客観的利用の程度（権利者排除の程度）が可罰性を有するかの判断も、占有奪取時の利用意思の内容として主観面で考慮するしかない、と。⁽³⁷⁾ しながら、窃盗罪が状態犯であるなら、当然既遂後の事情も客観的に違法評価の対象となり得るはずである。そうであるならば、既遂後の事情に対応するものとしての不法領得の意思もわざわざ主観的違法要素とする必要はないことになる。西田は窃盗罪の既遂判断と違法評価判断を混同していると思われる。また、西田は利用意思と排除意思を連動して捉えているが、この二つの意思は必ずしも直結するものではない。例えば、他人の骨董品を自宅で鑑賞し、コレクションに加えるために盗む場合である。この場合、権利者排除意思は十分認められるが、行為者に骨董品を利用処分する意思があるのか疑わしい。自宅に保管することも利用処分の中に入るとするのであれば、毀棄隠匿罪と窃盗罪を主観的に区別するのは困難となろう。

ここで西田の見解を批判的に検討して得られた結論は以下のようになる。すなわち、窃盗罪の法益を本権としてこれを状態犯にする以上（前述したように窃盗罪の法益を占有とするのであればこれを状態犯とすることはできない）、占有奪取後の事情は客観的な違法評価の対象となる。このことから占有奪取時に主観的違法要素としての不法領得の意思は問題にならなくなる。なぜならこの場合、不法領得の意思はせいぜい客観的な事情に対応する故意に還元されてしまい、占有奪取時に主観的に繰り上げて問題にする必要がなくなるからである。

例えば、傷害罪において、暴行後鼻血が出て貧血を起こしたという場合を考えてみたい。この場合、鼻血が出ることで傷害罪は既遂となるが、その後の事情である貧血という結果は傷害罪の客観的違法評価に服し、暴行後の傷害結果が暴行時に目的という形で主観的違法要素となることはない。このことからすると、まさに窃盗罪においても排除意思を主観的な目的として違法要素とするのは疑わしい。窃盗罪も傷害罪と同じくすでに中間結果（＝占有の転換）

が発生することで既遂となり、既遂後の事態（Ⅱ所有権侵害状態の継続、悪化）も客観的な違法評価に服するからである。さらにいえば、窃盗罪における既遂後の事情がすでに既遂時において主観的に評価されている以上、この既遂後の事情を客観的違法評価の対象とすることはできないであろう。なぜなら、行為者の主観に基づきすでに違法評価された事情に対して、これをさらに客観的に違法評価することは、二重の違法評価となり、許されないからである。

以上のような点につき、西田だけではなく、山口や林の見解に共通していえることは、窃盗罪と他の場合を区別するという問題と、窃盗罪の違法評価の問題を混同しているのではないかということである。逆に見れば、窃盗罪の結果を単なる占有侵害とする場合にはじめて主観的違法要素としての不法領得の意思が問題になるといふことなのかもしれない。なぜなら所有権侵害を目的とするという意味での不法領得の意思は、占有侵害を問題とする窃盗罪の客観的事態を超過するものだからである。

さて、平野、西田、林、山口といった違法・責任要素分属説に対して、限定責任要素説は、排除意思を故意に還元する。例えば、斉藤豊治は、平野やシュミットホイザーなどの見解に影響を受けたといいつつ、⁽³⁸⁾次のように主張している。すなわち、窃盗罪や横領罪においては、窃取行為や横領行為による所有権の危殆化こそがその違法評価の問題になるのであって、この所有権侵害の危険発生に関する行為者の認識・認容は故意に包摂される、⁽³⁹⁾というのである。つまり、斉藤の見解によれば、不法領得の意思のうち、「排除意思」は「所有権侵害・危殆化の意思」として故意に還元されることになる。⁽⁴⁰⁾このように「排除意思」を故意に還元する斉藤の主張については、正当なものであると評価することができる。というのも、ある事態を客観的に違法評価することができるにもかかわらず、さらにこれを主観的に違法評価する必要はないからである。所有権侵害及びその危殆化につき客観的に違法評価し尽くすことができる以上、さらにそれに対応する排除意思を主観的違法要素として違法評価することは、ある事態に対する違法の二重

評価であって許されないのである。⁽⁴¹⁾

(ロ) 利用意思の内容とその位置づけ

以上のような「排除意思」の位置づけに対して、「利用意思」に関しては、違法・責任要素分属説、限定責任要素説の理解、ないしはこれらの見解に限られない広く一般的な理解によると、故意とは別個の責任要素であるとされている。すなわち、「利用意思」は直接違法性に関連づけることはできない、しかし、領得罪においてこれを責任要素として要求することで、窃盗罪や横領罪が器物損壊罪よりも重いことを根拠づけるといのである。より具体的にいうと、「利用意思」という利欲動機による犯罪は、そのような動機を伴わない器物損壊罪よりも犯されやすく、したがって器物損壊罪よりも重い法定刑をもって禁圧されなければならない。⁽⁴²⁾あるいは、法益侵害行為が「利用意思」という強力な動機に基づき行われるため責任が重い、とされているのである。⁽⁴³⁾⁽⁴⁴⁾

この点につき、平野龍一は次のような興味深い見解を述べている。すなわち、客観的要素として「占有の取得」が窃盗罪において要求されている点につき、「被害という観点からみれば、占有が剝奪されたかどうかだけが問題であって、行為者が占有を取得したかどうかは関係のないことである。所有取得の意思（筆者注—本稿でいうところでは利用意思と重なる。以下同じ。）を完全に主観化するならば、所有取得の意思で、占有を剝奪するだけで窃盗罪が成立するとしてもいいわけである。それにもかかわらず、占有の取得が客観的な要件とされるのは、これによってその財物を利用する可能性が現実化するからであろう」と。⁽⁴⁵⁾これは、前章において述べた、なぜ窃盗罪において占有の転換が要求されるのか、という疑問に対して一つの解答を与えるものである。

ただ、平野は、『所有の取得』は、法益侵害を内容とするものではなく、行為の動機に過ぎない」とも述べている。⁽⁴⁶⁾しかし、行為の動機に過ぎないのにもかかわらず、なぜこれを客観化する必要があるのか疑問である。窃盗罪に

において占有の取得は、既遂の要件であることを平野も認めている⁽⁴⁷⁾。だが、占有の取得という要件が、単に行為の動機（すなわち責任要素）を客観化したものに過ぎないのであれば、これを窃盗罪の既遂の要件に位置づけることは、疑問である。むしろ、平野がいうところの、占有の取得によって現実化される「財物の利用可能性」が法益侵害に関連づけられ、違法評価の対象になつてはじめて既遂の要件になると考えられるのである。単に責任要素を客観化したものであつて、違法性に関連づけることができないものは当然既遂の要件になり得ない。

以上のような平野の見解に対する批判は、責任要素としての領得意思（とりわけ利用意思）と、窃盗罪の既遂要件としての占有の転換とを結びつけるすべての見解に当てはまるものである。領得意思と占有の転換が関連づけられるのであれば、領得意思は法益侵害に係るものとしてむしろ主観的違法要素となるべきである。しかし、領得意思を主観的違法要素として構成することはできない。なぜなら、前述の通り、排除意思は所有権侵害の認識としての故意に還元され、また利用意思は所有権侵害と直接的な関係に立つものではないからである。だからといって、あくまで領得意思を責任要素として構成するならば、窃盗罪における占有の転換を何か別の理由によって根拠づけなければならぬであろう。ここでは、平野の見解を素材にして、領得意思と占有の転換と結びつける意味を検討してみたが、ひとまず純粹に主観的なものとしての「利用意思」について以下において検討したい。

そこでまず、主観的な責任要素としての「利用意思」が存在すること、領得罪が器物損壊罪と区別され得るのかどうかを検討する。さらに、この点に関連して、主観的な責任要素としての「利用意思」の存在が、領得罪において器物損壊罪よりも責任非難の程度を高めるのかどうかを論じることにする。

（a） 区別基準としての利用意思

例えば、宝石店に並んでいるダイヤモンドのうち、売買契約の締結手続きが進行中のものを想定してみたい。そこ

で行為者は当該ダイヤモンドを盗み出したが、その目的は、(1)そのダイヤモンドを闇ルートで売りさばくことにある場合、(2)自らのコレクションに加え、自宅で鑑賞しようとした場合、(3)宝石店経営者に嫌がらせするもので、自宅で隠し持とうとしていた場合、(4)ダイヤモンドを燃やすとどうなるか実験したかった場合などが考えられる。

ここで「利用意思」がまさに当該物を利用し、あるいは処分しようとするものだとは解した場合、(1)の場合とはともかく、(2)の場合に利用意思が認められるか疑わしい。(2)の場合、行為者は自宅で当該物をせいぜい眺めているだけであるからである。眺めることが当該物を「利用」したことに当たるというには、「利用」という語意から相当離れているように思われる。なぜなら、自宅で保管し眺めているだけでは、経済的に見て客観的に利益を生み出すこともないし、同じく経済的に見て客観的に行為者にとって役に立っているわけではないからである。

それでは、自宅に保管するという点を捉えてそこに経済的支配があり、「利用」に当たるとするのはどうか。しかし、こう解すると同じく自宅で当該物を保管する(3)の場合においても、「利用意思」が認められることになろう。しかし、毀棄隠匿罪との関係で領得罪に「利用意思」が必要だと考える見解は、(3)の場合に「利用意思」を認めたくないのではないだろうか。⁽⁴⁸⁾

すると、「利用」においては、客観的な利益を生み出す必要はなく、何らかの意味において主観的に行為者の利益になればよいとも考えられる。こう解した場合、確かに(2)において行為者は自己の主観的な収集性が満足させられ「利用」があったといえるのに対し、(3)の場合において行為者は自己の主観的な満足ではなく、宝石店経営者に対する加害をもつばら意図しており、(2)の場合と(3)の場合を主観的に一応区別することができ(あるいは相手に対する加害は間接的に自己の利益に通うものかもしれないが)。しかし、(4)の場合を考えてみると、行為者は自らの知的好奇心を満足させようとしており、これは行為者にとって主観的な利益になっているのであって、やはり「利用意思」

が認められるものと思われる。ここで、自らの収集性と知的好奇心は異なるというにはあまりに恣意的である。

以上からすると、「利用意思」の内容を一義的に明らかにすることは、まさに困難であろう。この点につき、学説は、「利用意思」の内容について、「財物を経済的に支配する意思」⁽⁴⁹⁾、「財物をその経済的用法に従い利用・処分する意思」⁽⁵⁰⁾、「財物をその本来の用法に従い利用・処分する意思」⁽⁵¹⁾、「財物から生じる何らかの効用を享受する意思」⁽⁵²⁾、あるいは「直接・間接に自己の利益になるように物を処理する意思」⁽⁵³⁾であると解している。

まず、「経済的支配意思」について検討すると、窃盗罪において（あるいは横領罪においても）財物の占有の転換がなされ、行為者が自己のため、あるいは第三者のためにその保管を開始さえすれば、客観的に当該物に対する「経済的支配」が存在すると考えられる。上記の（1）から（4）の場合においても、行為者の目的・動機がいかなるものであれ、行為者が目的物の占有の転換を果たしたならば、そこに行為者による客観的な「経済的支配」が存在するのである。「経済的支配意思」を「領得意思」とする宮本英脩自身も、「何時でも完全な所有の意思を実行しようという客観的状况」の発生が重要とし、毀棄の目的で財物を奪取する場合も一定の範囲でなお領得罪に属すると解している。⁽⁵⁴⁾とするならば、財物に経済的価値を認めてその占有の転換をなすという客観的状况がまさに領得なのであって、それは窃盗の既遂時においても、あるいは横領罪の既遂時においても客観的に存在すると考えられるのである。それゆえ、領得意思を「経済的支配意思」と解する場合、領得意思はそれぞれの罪の故意に包摂されてしまうものなのである。

次に、「利用意思」の内容を「経済的用法」による場合、あるいは「本来の用法」による場合とする見解について検討してみたい。まず、「利用意思」の内容を純粹に「経済的用法による利用・処分意思」に限定するなら、その内容はきわめて限定的である。なぜなら、「本来の用法」による場合を排除することになるし、上記の（2）の場合のように経済的には何も生み出さない保管をも排除することになるからである。そこで、「経済的用法」による場合を拡張し、占

有轉換後における目的物の使用・処分がなくとも、その占有の轉換によって、行為者にとって何らかの経済的に意味のある利益が生じればよいと解したとする。しかし、それは「経済的用法」による利用・処分を前述のような「経済的支配」に置き換えたに過ぎない。「経済的用法」という意義を幅広く解することは、領得罪にとってその意思の内容をまさに意味のないものにしてしまうのである。

では、「経済的用法」による場合を比較的嚴格に解したとして、他方で「本来的用法」による場合を持ち出し、「利用意思」の内容を補完するのはどうだろうか。しかし、「本来的用法」による場合それ自体についても問題があると思われる。

例えば、財物の「本来的用法」が、必然的にその物の物質的損壊をもたらす場合について考えてみたい。具体的にいうと、銃の弾丸を発射する目的で銃器店から弾丸を盗み出す場合である。弾丸を銃で発射するのは、その「本来的用法」にまさに適うものである。しかし、一度発射した弾丸は、物質的に損壊させられ再度使用することは困難である。すなわち、他人の弾丸を発射する行為は同時に器物損壊罪に当たる可能性がある。弾丸を銃で発射する際に、その弾丸を損壊することなく発射するという認識は行為者においてまずない。そうであるならば、この場合、弾丸を盗み出す時点で「利用意思」と「損壊意思」は並存しており、主観的な基準で窃盗罪と器物損壊罪とを択一的に区別することはできないのである。あるいは、食べ物もそうである。食べ物を体内に摂取する際に、これを物質的に損壊することなく摂取することは不可能である。それゆえ、「利用意思」を「本来的用法」という観点から説明するならば、⁽⁵⁵⁾領得罪と器物損壊罪の区別が極めて困難な場合にぶつかってしまう。論者はこのような場合、領得罪が成立するとし⁽⁵⁶⁾る。しかし、「利用意思」の有無が、主観的に領得罪と器物損壊罪とを区別する基準になるといふとき、「利用意思」の存在は「損壊意思」の存在と相容れないはずである。すなわち、逆にいえば、「損壊意思」の存在は、「利用意思」

の欠如を意味することになる。この前提に反し、ある場合の「損壊意思」を領得意思として認めて、領得罪が占有転換時に成立するということは、「利用意思」の存在が領得罪と器物損壊罪との区別基準ではなくして、単に領得罪の主観的な成立要件であることを意味するに過ぎない。つまり、利用意思が存在するからといって、占有転換時に領得罪と器物損壊罪とを択一的に区別することはできないのである。

そもそもおよそ器物損壊罪について考えてみると、目的物の占有転換時にはその未遂も存在しないはずである。そうであるならば、その占有転換時に既遂が考えられる領得罪と、その時点では未遂にすらなっていない器物損壊罪を区別するというのもまったく無意味なことである。あるいは論者によっては、目的物が奪取された時点でその効用が滅失させられたとし、器物損壊罪の既遂を認めるかもしれない。例えば、山口厚は、単なる物の占有喪失も毀棄・隠匿に含まれると解している。⁽⁵⁷⁾しかし、それでは結局「利用意思」の存在が主観的に領得罪と器物損壊罪とを区別する基準とはならないことを意味する。すなわち、占有転換時に同時に成立する領得罪と器物損壊罪の関係は、罪数の処理に委ねられるだけなのである。

以上と同様なことは、「経済的用法」による場合についても当てはまる。例えば、闇のルートで売ることを目的として、公用文書、権利・義務に関する私用文書、あるいは有名人の信書を盗んだとする。毀棄概念に隠匿が含まれ、隠匿の最たるものが占有の奪取であるとし、公用文書毀棄罪、私用文書毀棄罪、信書隠匿罪に「嫌がらせ目的」など主観的超過要素を要求しないのであれば、これらの犯罪と窃盗罪とを占有転換時において区別できない。すなわち、構成要件の段階ではこれらの犯罪と窃盗罪は同時に成立し、罪数の段階で、観念的競合の関係になるなり、法条競合の関係になるだけである。しかし、このことは、「利用意思」を「経済的用法」による場合だとしても、領得罪と狭義の毀棄隠匿罪とを占有転換時において主観的に区別できないことを意味しているのである。

このように「利用意思」を「経済的用法」による場合だとしても、「本来的用法」による場合だとしても、占有轉換時において主観的に領得罪と毀棄隠匿罪とを択一的に區別するという「利用意思」の存在意義自体を最終的に覆す結果となる。それに加えて、「利用意思」の内容を「本来的用法」または「経済的用法」によるものとし、ある場合には「本来的用法」を持ち出し、またある場合には「経済的用法」を持ち出して、領得罪と毀棄隠匿罪を區別したとしても、そのような「利用意思」の二元的構成は単に結論の先取りに過ぎないのである。

では、「利用意思」を「何らかの効用の享受」という観点から説明する場合はどうか。ここでは、「効用」の意味合いが問題となる。まずその効用を「何らかの客観的なもの」とするならば、前述の(2)の場合を捕捉できない。なぜなら、目的物を保管するだけでは、なんら客観的な(経済的)効用を生み出さないからである。(2)の場合における効用は行為者にとって主観的なものに過ぎないのである。しかし、「効用」の中身を「何らかの主観的なもの」とするならば、知的好奇心で目的物を奪取する(4)の場合も捕捉することになる。このような結論は論者の意図しないところであろう。

それゆえ、「何らかの効用」をある程度客観的に限定して、行為者にとって経済的な意味をもたらす占有の轉換、すなわち「経済的支配」自己財産への組み込み、あるいは「物の利用可能性の取得」とすることが考えられる。だが、そうすることは、前述のように、そして論者自身が認めるように、⁽⁵⁸⁾「何らかの効用」が目的物の占有の轉換によって客観的に生じることになり、「利用意思」が領得罪の故意に包摂されることにつながるのである。⁽⁵⁹⁾また、効用の中身をこのように客観的に限定し、(4)の場合を排除したとしても、嫌がらせ目的で占有を侵害し、自らが目的物を保管する(3)の場合が窃盗罪の成立範囲に取り込まれることになる。だからといって、「何らかの客観的な、または主観的なもの」としたのは、「効用」の中身がまったく限定されておらず、前者と後者双方の欠点を抱え込むだけで解決となら

ない。

「利用意思」の内容を「直接・間接に自己の利益になるように物を処理する意思」と解しても同じである。ここでも、その「利益」の内容をどう定義づけるかが問題になる。ただ、その内容を客観的に厳格に捉えても、あるいは緩やかに捉えても、客観的、主観的に二元的に捉えても、批判を免れない。すなわち、客観的に厳格な内容の「利益」を追求するなら、多くの場合を取りこぼすことになるし、客観的に緩やかな内容の「利益」でよいことになると、占有の転換でそのような利益が生まれてしまい、主観的な利用意思の内容が無意味なものとなって、結局故意に解消されてしまうことになる。また、主観的な内容の「利益」を問題にするにしても、今度は多くの場合を範囲に取り込むことになり、限定がかららない。だからといって、「利益」の内容を客観的、主観的に二元的に構成するのは、単なる結論の先取りという他ない。以上のように、「利用意思」という主観的な観点から領得罪と毀棄隠匿罪を区別するのは不適当なのである。

(b) 成立要件としての利用意思

区別基準としての「利用意思」が問題であるのは今述べた通りである。では、あくまで故意には還元できない主観的な成立要件としての「利用意思」には存在意義があるだろうか。その意義とは、もちろん領得罪において責任を加重する根拠をもたらすことである。次にこれを論じてみたい。

利用意思を責任要素とする見解（以下、違法・責任要素分属説、限定責任要素説を含めて、一般的に利用意思を責任要素とする見解を「責任要素説」と呼ぶ）が、一般予防的な観点から毀棄隠匿罪より領得罪の責任が重いとするのは前述の通りである。これに対して、内田文昭は、きわめて直截な疑問を呈している。すなわち、同じく領得罪である占有離脱横領罪はなぜ器物損壊罪よりも法定刑は軽いのか、と。⁽⁶⁰⁾確かに前者（二五四条）の法定刑の上限が一年以

下の懲役であるの対して、後者（二六一条）の法定刑の上限は三年以下の懲役であり、後者のほうが重いといえる。

しかし、西田典之や山口厚は、内田の批判に対して次のように反論している。すなわち、占有離脱物横領罪の法定刑の低さは、占有侵害という意味での違法性の欠如と、その誘惑的要素の大きさのために責任が低いことによるのである、と。⁽⁶¹⁾だが、このような反論は説得力に欠ける。というのも、利用意思が真に主観的な加重要素であるなら、その客体が何であれ責任非難を高めることになるはずだからである。すなわち、占有離脱物横領罪の場合と器物損壊罪のうち占有侵害のない場合を較べるとき、その不法内容につき、いずれが重いとも判断できないのであれば、利用意思が存在する分だけ責任非難が高まり、占有離脱物横領罪が器物損壊罪よりも重くなると考えられるのである。しかしながら、領得意思が存在したとしても、客体の客観的状况によって責任非難の程度が異なるということは、責任要素としての領得意思（すなわち利用意思）そのものには非難の程度を高めたり、低めたりする機能がないのではないか。むしろ、領得意思の存在が責任非難を高めたり、低めたりするということは、利益侵害の程度といった客観的状况を反映しているだけに過ぎないと考えられるのである。⁽⁶²⁾器物損壊罪より占有離脱物横領罪の違法の程度が低いからこそ、その最終的な責任非難の程度も前者と較べて後者は低くなるのである。

ただ、山口は、「占有離脱物毀棄」の場合には、領得意思がないだけ占有離脱物横領よりもさらに責任が軽く、占有離脱物横領罪の法定刑よりも重く処断することができない、とも述べている。⁽⁶³⁾とするならば、「占有物毀棄」の場合と「占有離脱物毀棄」の場合を較べてみたとき、その違いは、客観的に占有を侵害したかどうかにある。確かに所有権を保護している器物損壊罪が副次的に占有を保護しているとしても、ここでは占有侵害に極めて大きな重点が置かれている。⁽⁶⁴⁾すなわち、二次的問題であるはずの占有侵害の有無によって、最終的な刑の格差が三倍以上広がることになるのである。これでは、器物損壊罪において、占有を所有権に対して副次的に保護しているとはいえないと思われる。

所有権侵害にとつて占有侵害はあくまで部分的要素に過ぎないのであつて、器物損壊罪において占有侵害があつたとしても、それは最終的な所有権侵害の程度の問題に還元されるべきであらう。

以上のような意味で、山口と並んで責任要素説にたつ齊藤豊治が、占有離脱物横領と占有を侵害しない態様での器物損壊とを較べるときに、所有権侵害という点では両者とも同じであるとするのは理解することができる。しかし、齊藤は、この場合における占有離脱物横領罪の法定刑の低さを次のように説明している。すなわち、領得意思によつて責任非難が強められたとしても、占有離脱物横領における期待可能性の類型的な低さがそれを差し引いて余りある程度にその責任を軽減する、と。⁽⁶⁵⁾ここで齊藤がいう占有離脱物横領罪の期待可能性の類型的な低さとは何を意味しているのだろうか。利用意思という動機は、占有離脱物横領においても窃盜と同じく厳しく禁圧されなければならないという齊藤の主張はそこまでは筋が通っている。しかし、目的物が所有権者の占有から離れている場合に、その目的物を領得してはならないという期待が相対的に低いということは、もともと行為者が目的物の占有まで侵害しなくてもよいことを意味している。つまり、期待可能性が低いというのは、すでに違法性の程度が低いということを反映しているに過ぎない。とするならば、領得意思を問題にして領得罪の責任を論じるよりも、まず領得行為を取り上げその違法性を論じるべきなのである。

また、領得意思不要説からすると、主観的な動機・目的の有無によつて犯罪性を区別するのは疑問であるという批判が考えられよう。ただ、このような批判は少し不正確である。なぜなら、客観面では同一であつても、行為者の主観的態様が故意か過失かで、その犯罪性も故意犯と過失犯に区別されるからである。故意犯からみれば、過失は主観的な減輕要素であるし、過失犯からみれば、故意は主観的な加重要素なのである。これに対して、領得意思が責任非難を高めるといふ場面で問題にされるべきなのは、そもそも一旦なされた違法評価の限度を超えて、さらに高く責任

非難をなすことは可能なのか、ということである。⁽⁶⁶⁾ 故意と過失の存在が責任非難の程度を高めたり、低めたりするというとき、それは一旦なされた違法評価の限度内でなされているに過ぎない。もちろんこのような説明は、故意、過失が違法要素であることを前提とすれば、そのままではとり得ない。だが、故意、過失が違法要素であるとする見解も、客観的な法益侵害の評価、ないしは行為規範違反の評価の枠組みという点で、これらとまったく対応させることなく故意、過失の違法性を測るわけではないだろう。すなわち、このような見解であっても、傷害の故意よりも殺人の故意のほうが重大で、前者よりも後者の方が違法性が高いと考えられるのである。それゆえ、故意犯と過失犯においても、法益侵害の評価、ないしは行為規範違反の評価を行う枠組みの中で、その故意と過失の違法評価が決定されるはずである。しかし、領得意思を責任要素とする見解は、法益侵害の程度にまったく対応させることなく、行為者に対する非難の程度を高め（あるいは低め）、その最終的な刑事責任を確定させようとするのである。

例えば、照沼亮介は、本稿とは異なる文脈においてではあるが、「違法性の程度にまったく差異がないのに、責任非難の程度だけが通常の場合よりも著しく加重されるというのは、その加重された部分について『違法なき責任』を認めることになりかねず、妥当でない」と述べている。⁽⁶⁷⁾ このような指摘は、本稿における文脈においても妥当し、きわめて正当なものであるといえよう。すなわち、責任とは、行為者のなした違法行為に対する非難であって、しかもその違法行為についてのみ問われるものなのである。このような意味において違法と責任は関連づけられなければならない。しかし、責任要素説は、そのような関連性をまったく無視している。

以上のような責任要素説の基本的な姿勢は、罪刑の均衡という行為責任のあり方にまさに反するものだといえる。ただ、このような批判について、責任要素説をとりつつ⁽⁶⁸⁾、責任を予防論的に構成する見解は、⁽⁶⁹⁾ おそらく異議を唱えるであろう。責任それ自体において予防を考慮する以上、広い意味での刑事責任という枠組みの中では、罪刑均衡の原

則に反するという疑問が提起されることはないからである。この点につき、所一彦は、領得意思が要求される窃盗罪の法定刑の重さに関して、罪刑の均衡は、予防による条件付けの「前提」というよりも「結果」であると指摘するほどである。⁽⁷⁰⁾しかし、根本的に見て、そもそも責任概念を予防論的に基礎づけるのは、はたして正当なのであるか。

例えば、萩原滋は、一般予防の見地と罪刑均衡の原則との関係について、次のように指摘している。すなわち、「刑罰の一般予防効果に関する限り、その経験科学的な知識が欠如している現状においては、立法者の判断を尊重するということにならざるを得ず、一般予防の観点は罪刑が均衡を保っているかどうかを判断する上で基準としての役割を果たし得ない」と。⁽⁷¹⁾したがって、「予防の観点は無視されるわけではないが、それはあくまで過去の違法行為に対する応報の範囲内で考慮されるに過ぎない」のであり、「予防的考慮に基づいて刑の加重を行うことは許されない」のであると主張する。⁽⁷²⁾このような指摘は、萩原が主に問題とする立法府の裁量（すなわち法定刑の決定）、司法府の裁量（すなわち量刑の決定）にとどまらず、⁽⁷³⁾犯罪論の枠組みそのものについても考慮されなければならないと思われる。立法府、あるいは司法府の判断の基礎を与えるものが犯罪論に他ならないからである。端的に言えば、責任を予防論的に構成する場合、そこに行爲者個人を非難するという契機を見出し難い。⁽⁷⁴⁾

ただ、過去の違法行為に対する応報の枠内で予防を考慮することをたとえ一般論的に承認したとしても、領得意思を責任要素として認めることは、領得罪のみを特殊な犯罪類型として認めることにつながる。だが、領得罪のみを例外扱いすることにつき、きちんと正当化した見解はいまだ見当たらない。利欲を持つてなされた行為を強く禁圧しなければならぬというとき、その根拠は、そのような行為があまりにも数が多いということなのであるか、それともあまりにも破廉恥ということなのであるか。これらの点についていうならば、⁽⁷⁵⁾領得罪以外にも、きわめて発生件数の多い犯罪類型や、きわめて犯廉恥だとされる犯罪類型はいくらでもあるはずである。領得罪のみを責任段階にお

いて特権的に扱うのは許されないのである。

さらにいえば、領得意思を介して責任に消極的一般予防を持ち込む場合、ただ領得罪だけがその責任評価の上限を実質的に知らないことになる。消極的一般予防の必要性が高ければ高いほど責任の程度も重くなるからである。それゆえ、領得罪の法定刑は形式的な枠に過ぎず、その法定刑自体を実質的に根拠づけることはできないであろう。

なお、消極的一般予防の見地からであれ、あるいは積極的一般予防の見地からであれ、領得意思を必要とするならば、領得罪の法定刑は、常に経験科学的に、あるいは常に観念的に決定されることになるはずである。しかし、国民を威嚇し、あるいは条件づけることで得られる効果は、経験科学上明らかなものでないし、⁽⁷⁶⁾観念的な法規範の妥当性の回復ないしはその安定化ということ自体に、具体的な行為者個人の責任の「重さ」を想定することはできないと思⁽⁷⁷⁾われる。それゆえ、責任を予防論的に構成し、さらに領得意思を責任に持ち込む見解は二重の意味で不当である。

やはり、過去になされた違法行為を問題にしてはじめてそこに行為者の自律性が現れるのであり、また行為者個人を非難するという契機が生じるのである。このような意味で責任の対象となるのは行為者の実現した違法なのであり、⁽⁷⁸⁾責任を質的・量的に把握するためには、その対象となる違法の内容を法益侵害として構成することが必要となる。したがって、結局のところ、領得意思の存在は、領得罪において責任を加重する根拠とはそもそもなり得ない。すなわち、故意とは別個に領得意思を領得罪の主観的要件とすることはできないのである。

(3) 領得意思不要説

以上見たように、領得罪において領得意思は、主観的違法要素としても、責任要素としても、故意と別個の主観的要素とはなり得ない。それゆえ、領得意思を領得罪の要件としない領得意思不要説が基本的に正しいと思われる。し

かし、領得罪の法定刑を見る場合、器物損壊罪と較べてきわめて重いことをどう説明するかが問題として残る。ここを出発点とする場合、二つの道が考えられる。一つは、領得罪と器物損壊罪の区別をあえて解消しようとするものである。もう一つは、あくまで領得罪と器物損壊罪の法定刑の差を合理的に説明しようとするものである。

(イ) 領得罪と器物損壊罪との区別解消論

例えば、松宮孝明は、次のように指摘している。すなわち、所有者を排除するという点でいえば、領得罪も毀棄・損壊罪も同質である、それゆえ所有権が窃盗罪の保護法益であることから、窃盗罪、横領罪を毀棄・損壊罪から区別する機能を持つ「不法領得の意思」は出てこない、それどころか領得罪を毀棄・損壊罪よりも重く処罰する立法態度は説明できないのであって、窃盗罪と器物損壊罪の区別自体を廃棄すべきだという立法提案に向かうべきである、⁽⁷⁹⁾と。このような松宮の指摘はきわめて示唆的である。ここでは、領得意思不要論をとる場合、領得罪と器物損壊罪の区別を解消し、その罪の重さも同じになることが示されているのである。

さらに興味深いのは団藤重光の見解である。団藤は、領得意思必要説をとるが、その内容について次のように主張している。すなわち、所有者ならば物の経済的用法にしたがってこれを利用・処分することはむろんのこと、單純にその経済的用法にしたがうことなく廃棄することもできる、したがって、しばらく利用した上で廃棄する場合はむろんのこと、利用しないで単に放棄・破壊・隠匿するだけの意思で盗み出すのも、領得意思が認められるのだ、⁽⁸⁰⁾もしここで領得結果というものを想定するならば、団藤の見解にしたがうと、他人の物を奪った上で、その物を経済的用法にしたがって利用・処分することも、単にその物を破壊することも、等しく領得結果ということになる。すなわち、客観面においては、他人の物を利用することも他人の物を破壊することも「最終結果」であるところの領得なのであって、窃盗罪と器物損壊罪の区別は、「中間結果」である占有移転の有無で決せられるに過ぎない。⁽⁸¹⁾ここで、こ

の両罪の保護法益が所有権にあるのであって、しかも窃盗罪に領得意思を故意とは別個に要求しないのであれば、窃盗罪と器物損壊罪の違いは、目的物の占有移転の有無という行為態様にあるだけである。つまり、この両罪は価値的にみて所有権侵害という点においてはまったく同等である。それゆえ、横領罪においても占有の転換が要求されれば、領得罪と器物損壊罪は、犯罪類型として一応の区別は残るものの、法定刑は同じになるという方向に向かうことになるはずである。もちろん、このような結論は、領得意思必要説からすれば強い異論が残るところであろう。

以上の点につき、団藤と同じく自己の所有物の損壊も所有権行使の範囲内であることを認めるヴァラウは、実際に次のように主張している。すなわち、まず、窃盗罪（ドイツ刑法二四二条）、横領罪（ドイツ刑法二四六条）に対する器物損壊罪（ドイツ刑法三〇三条）の法定刑の格差は、これらの犯罪がいずれも同じく所有権を法益にしていることからすると、理解しがたいようにみえる、という⁽⁸²⁾。そして、通説が領得罪において領得意思というエゴに着目して器物損壊罪と区別する点を批判し、器物損壊罪においても、例えば破壊欲のように当人以外には理解はされがたいけれども、行為者はやはりエゴに基づいて破壊行為をなしていることを指摘した上で、さらに第三者領得のように行為者がエゴに基づかず行為する場合を説明できない、というのである⁽⁸³⁾。そこで、ヴァラウは、器物損壊罪と領得罪が規範違反という点では同等であることを主張する。すなわち、刑法における不法は、一般的な拘束力を持つ、客観的な規範に対する侵害から成り立ち、さらに個人に対する罪においてはこの侵害に付け加えて、主観的な権利に対する侵害からも成り立つとし、損壊行為も領得行為も、他人の所有権を侵害してはならないという客観的規範に違反し、さらに個人が主観的に権利として持つ所有権の尊重要求にも反している点では同じである、というのである⁽⁸⁴⁾。結局、通説が行為者の動機に着目し、領得罪が成立するのか、器物損壊罪が成立するのか区別するのは、行為原理に反すると断定している⁽⁸⁵⁾。それゆえ、ヴァラウの主張の帰結として、単なる物の奪い去りを不可罰とすることや、窃盗罪における

奪取の要素として「新たな保管」の開始、つまり占有の転換を要求することも、再考が求められているのである。⁽⁸⁶⁾

このようなヴァウの見解は、領得罪において領得意思は必要なのかという疑問と、領得行為になぜ占有の転換が要求されるのかという疑問に対して、領得意思も占有の転換も領得罪の成否にとっては不要であることを示唆している。領得罪に領得意思も占有の転換も要求するが、その根拠を明らかにすることができない通説に較べ、このような主張はきわめて明快である。

しかし、その反面、この見解は、ドイツにおいても日本においても存在する領得罪と器物損壊罪の法定刑の格差をまったく無視している。確かに理論的には、領得罪と器物損壊罪は規範違反という点では同等であると説明することができるかもしれない。だが、この見解につき根本的に疑問なのは、それだけではあまりに抽象的、観念的であって、具体的な罪の「重さ」を量定することができないということである。純粹に規範という点だけを見た場合、例えば、殺人も傷害も禁止されたことをなしたのであるから、規範違反という点では同等である。しかし、殺人の規範違反が傷害の規範違反よりも重く、さらにその規範違反の程度が具体的に量定できるとすれば、その基準は、利益侵害によって裏打ちされているといわなければならない。とするならば、ヴァウのように領得罪の不法内容を規範違反の点から表面的に捉えるのではなく、その規範違反を裏づけるなんらかの利益侵害ないしは秩序侵害からその不法内容を捉えるべきであろう。この方向には、領得罪と器物損壊罪との間に存在する法定刑の格差を合理的に説明する道がまだ残されているように思われるのである。

(ロ) 領得罪と器物損壊罪との区別維持論

例えば、窃盗罪において本権説にたちつつ領得意思を不要とする内田文昭は、次のように指摘する。すなわち、「窃盗罪は、たしかに刑が重いが、それは、『責任の重さ』——正しくは違法・責任の重さ——に由来するのではなしに、刑事

政策的配慮に由来するのであり、身体・自由に対する犯罪との比較では、むしろ不合理なほどにこの配慮を強調しているきらいがある⁽⁸⁷⁾。このように内田は、一応領得罪と器物損壊罪との間にある法定刑の格差を解消することを示唆しつつ、領得意思必要説とは異なり、窃盗罪の重さを犯罪論のレベルで説明することを否定している。

だが、窃盗罪だけを特権化し、犯罪論の根拠を超えて、生の刑事政策的考慮を肯定するのは、はたして妥当であろうか。もし、窃盗罪と器物損壊罪の違いが、占有侵害の有無という事実的な行為態様にあるだけであって、その規範的な不法内容・責任内容が同じであるとすれば、窃盗罪の法定刑だけ刑事政策的観点から重くするのは、その合理的根拠を見出しがたい。

ただ、内田は、窃盗罪において「所有権」だけでなく、「占有権」もまた法益であるとし、窃盗罪において「占有侵害」は、所有権侵害の強さを示すメルクマールでもある、とも述べている⁽⁸⁸⁾。この点からすれば、窃盗罪は所有権だけでなく、占有権をも侵害するので、それだけ器物損壊罪よりもその不法内容が高いともいえよう。しかし、前章において述べたように、占有それ自体が窃盗罪で保護されているわけではなく、占有侵害は所有権侵害の一側面に過ぎないと思われるのである⁽⁸⁹⁾。

また、目的物をその場で完全に破壊する場合、事実上その所有権を喪失させ、当然その占有を失わせることになる。したがって、典型的にみるならば、占有侵害を通じて所有権を侵害するのか（すなわち窃盗罪）、それとも占有を侵害することなく所有権を侵害するのか（すなわち器物損壊罪）は、その中間結果に違いがあるだけで、最終結果である所有権侵害という意味では価値的に同等であるといわなければならない。窃盗罪と器物損壊罪とは、所有権侵害という点に限っていえば、どちらが重いとも軽いともいえないであろう（ただし、窃盗罪と横領罪とを較べる場合は、後者において占有侵害が予定されていないだけ、典型的に前者の違法性が量的に重いといえるかもしれない。この点は

後でさらに検討する)。

しかも、内田の見解によれば、窃盗罪において目的物の占有を侵害した後、その物の占有を取得しなければならぬという根拠を示すことができない。たとえ占有侵害を独立に違法評価するにしても、被害者が占有を喪失したという状態そのものは、その物が行為者によって取得されたかどうかで変わるわけではないからである。⁽⁹⁰⁾

これに対して、窃盗罪において中間説にたちつつ領得意思を不要とする大塚仁は、窃盗罪と器物損壊罪の法定刑の格差を、その不法内容が異なるものだとして、次のように説明している。すなわち、「窃盗罪が毀棄罪よりも重く罰せられるのは、単に両者の主観的要件の相違のみによるものではなく、むしろ、それぞれの客観的行為態様のもつ法的意味の差異に由来する」のである、と。つまり、窃盗罪においては、他人の占有を侵害し、その占有を取得することでその後の利用可能性が確保されるとともに、それによって財産秩序全体の基礎を危うくするおそれが生じるのに対し、毀棄罪においては、単に財物自体が損壊・放棄されるに過ぎない、と主張するのである。⁽⁹¹⁾

このような大塚の見解は、窃盗罪において、財物の占有が保護されているだけでなく、それに加えて、財産秩序全体も保護の対象になっている点に特徴がある。あえていえば、窃盗罪においては、この財産秩序全体も侵害する分だけ、個々の財産に対する侵害にとどまる器物損壊罪よりもその不法内容が高まっているということになる。さらに、窃盗罪において、自己または第三者に占有を移転させる行為こそが財産秩序全体を危うくするものであると説明することで、窃盗罪において占有の取得が要件とされる根拠を合理的に基礎づけている。それゆえ、大塚の見解は、領得意思を否定し、しかも領得罪と器物損壊罪の法定刑の格差を犯罪論のレベルである違法性で説明しようとする点で、きわめて正当なものであると評価し得る。

ただ、疑問なのは、なぜ占有の移転に限って財産秩序全体の基礎が危うくなると評価するのか、という点である。

器物損壊罪においては、目的物の占有が侵害されるところか、所有権そのものが侵害されるのであるから、所有権を頂点とする財産秩序全体を根幹から揺るがすともいえる。つまり、財産秩序全体に対する危殆化は、器物損壊罪においても観念することができるのである。

しかし、「財産秩序全体」という語句が、所有権を頂点とする静的な体系を意味するのではなく、経済的取引を頂点とする動的な体系を意味するのであれば、窃盗罪をはじめとする領得罪の財産秩序侵害の度合いと、器物損壊罪をはじめとする毀棄隠匿罪の財産秩序侵害の度合いは異なるものになるかもしれない。そして、このことを示唆するのが小田直樹である。

小田は、詐欺罪における「損害」につき、その従来の捉え方に対して根本的に批判し、次のように主張する。すなわち、『財産』を『占有』とか『本権(的利益)』と述べたにしても、詐欺罪の『損害』は、それらの『喪失』だけでは決まらない。そこに『取引』があり、事実としての『取引』は何らかの『対価』を期待した上での『喪失』だからである⁽⁹²⁾。ここでは、「財産取引」自体が重要視され、刑法における財産犯は、民事法が描く動的な「財産取引秩序」をそれぞれ側面から援護するものとして立ち現れることになる⁽⁹³⁾。具体的に見ると、窃盗、強盗では、「取引による財産の取得」ルールが、詐欺、恐喝では「取引における意思尊重」ルールが、横領では、「取引における財産寄託」ルール⁽⁹⁴⁾がそれぞれ問題になっているのである。

このような小田の見解をあえて本稿の文脈にひきつけて敷衍するならば、領得罪は、それぞれ「財産取引」を前提として、その場面ごとに適用されるルールを根底から無視するものである。これに対して、毀棄隠匿罪は、このような「財産取引」を前提としていないのであり、そもそもその場面ごとに適用されるルールに直面することはない。それゆえ、「財産取引」に関するルールに直面する分だけ領得罪は重大な犯罪だと認識され、相対的に毀棄隠匿罪との法

定刑の格差が生じるのである。しかし、なぜ小田の見解においては、動的な財産秩序が、静的な財産秩序よりも重要視されるのであろうか。その実質的な根拠が問われなければならないのである。

この点につき、例えば、レナウは、この動的な財産秩序と領得罪の関係をより具体的に明らかにしている。まず、レナウは、ヴァラウと同じく、一九九八年におけるドイツの第六次刑法改正法により第三者領得の処罰が明示されたことを捉えて、行為者の動機であるエゴという観点から、窃盗罪や横領罪といった領得罪の法定刑の重さを説明することはできない、という。しかし、他方で、器物損壊罪よりも窃盗罪の方がより誘惑的であり、一般予防的な観点から、窃盗罪の法定刑の重さを正当化することができる、ともいう。それゆえ、このような観点から、個々の行為者の心理を見てとること、そこに領得罪の超個人的な保護側面が立ち現れる、と指摘するのである。すなわち、レナウは、窃盗罪、横領罪構成要件の目標が、所有権の保護にあるだけでなく、同時に「給付原理」の維持にもある、と主張するのである。この給付原理 (Leistungsprinzip) とは何か。それは、財やサービスを得た者は、それに代わる何らかのものを給付しなければならない、というものである。そして、給付が交換され、給付のための条件が確立されている場所が、市場なのである。ここで、レナウは、「我々の社会に深く根ざした、給付原理という根本理念に反するのが窃盗犯なのである」という。すなわち、窃盗犯は、所有権者を従来の地位から排除するだけでなく、対価として給付を提供することなく目的物を取得するのである。この後者の点についていえば、窃盗犯は、社会に対して悪質な例を示すことになる。それゆえ、窃盗罪では、社会構成員の競争を相互に維持するという全体社会的な利益をも考慮されている。これに対して、器物損壊罪においては、損壊行為によって目的物の持つ価値しか破壊されていないのである、⁽⁹⁵⁾と。

このように、レナウは、領得罪と器物損壊罪との法定刑の格差を、その不法内容の違いから合理的に根拠づけよう

としている。レナウの見解が持つそのような方向性は、きわめて正当なものであるといえよう。しかも、小田の見解においては必ずしも明らかにならなかった動的な「財産秩序」を「給付原理」から具体的に説明し、かつ、この「給付原理」が社会において深く定着し、市場経済を動かしているという観点から、動的な「財産秩序」が重要視される実質的根拠をも示しているのである。したがって、窃盗罪において目的物の占有の転換が要求される根拠は、対価を支払うことなく物を取得することが、この「給付原理」にまさに反するところにあると考えられる。あえていうならば、何らかの交換、取引のない社会においては、窃盗罪など領得罪は観念することができないかもしれない。

以上のような意味において、領得罪と器物損壊罪との不法内容に違いがあるにもかかわらず、レナウは領得罪を必ずしも否定していないし、レナウも小田も一般予防の観点を強調している。⁽⁹⁶⁾しかし、とりわけ窃盗罪において、行為者に領得意思を要求しなくとも、目的物の占有を奪い、それを自己の占有下に置いたならば、それは客観的に財産秩序に反すると思われるのである。この点をひとまず留保するにしても、「財産秩序」の侵害に「質」的な重さはあっても、はたしてそこに「量」的な重さの違いは生じるのであろうか。一円物を盗もうと、一万円物を盗もうと、動的な「財産秩序」ないしは「給付原理」に反したことに変わりはない。そうであるならば、どんな物を盗んでも、窃盗罪の不法内容は一律に決まるであろうし、また、領得罪は器物損壊罪に較べて機械的にある一定程度重く処罰されることになるはずである。だが、一円物を盗むことと、一万円物を盗むことに、その不法内容において違いがあるとしたら、抽象的な「秩序侵害」ではなしに、その物に関する具体的な「利益侵害」の量的な違いが考慮されているのではないだろうか。つまり、ここでは、領得罪において「秩序侵害」が考慮されるその背景を、「利益侵害」という観点からさらに実質的に問うことが求められているのである。

以上の見解に対して、曾根威彦や平川宗信は、領得意思を不要としつつ、「秩序侵害」とは異なる観点から、領得罪

と器物損壊罪との法定刑の格差を説明しようとしている。具体的に見ると、曾根は、「窃盗罪の法的刑が重いことの根拠は、客体の占有の移転に伴って利益も移転し、行為者が不正な利益を取得する（可能性が生ずる）」という客観的事情に求められるべき」と主張している。⁽⁹⁷⁾ 同じく、平川も「領得罪が重く処罰されるのは、行為者が他人の損害において不法な経済的利益を取得するという財産移転罪の性格に基づく」と主張する。⁽⁹⁸⁾ さらに、曾根は、窃盗罪の違法要素として、占有の移転に伴う「利益の移転」と「本権侵害ないしその危険」（例外的に占有侵害）という二つの要素を挙げている。⁽⁹⁹⁾ 器物損壊罪において「利益の移転」が存在しないとしたら、曾根や平川の見解においても、領得罪と器物損壊罪の不法内容の違いが明らかにされてことになる。

しかも、両者の見解においては、とりわけ窃盗罪において目的物の占有の転換が要求されている根拠が明確に示されている。小田やレナウの見解と対比するならば、小田やレナウが問題にする領得罪の「秩序侵害」に対応するのが、まさにこの「利益の移転」であろう。その対価を支払うことなく目的物の利益を移転させることが、動的な「財産秩序」ないしは「給付原理」に反するといえるからである。この意味で、曾根や平川の見解は、領得罪における「秩序侵害」の内実をさらに明らかにしようとするものであるといえる。すなわち、曾根や平川の見解に従えば、領得した物の（交換）価値に比例して領得罪の違法性が定まることになり、領得罪の違法性を質的にも量的にも測ることができただけでなく、違法評価に一般予防の観点が直結させられることもない。

ただし、問題なのは、曾根が違法評価について一元的に法益侵害を基準としている点である。⁽¹⁰⁰⁾ 曾根の見解を前提にすると、行為者において利益を得たという事情が、法益侵害と何らかの關係に立つ必要がある。この点につき、曾根は、「窃盗罪の規定は、財物の移転に伴う不正な利益の取得・留保自体を禁圧しているのであって、それがどのような動機・目的から出たものであるかは問うべきではない」とも述べている。⁽¹⁰¹⁾ しかし、その動機・目的を問わ

ないという点はともかく、「利益の取得・留保」という行為者側の客観的事情は、法益侵害とは直接関係のない出来事である。⁽¹⁰²⁾そこでは、行為者による「利益の取得・留保」が、被害者の生活利益に対する侵害において、いかなる意味を持つのか明らかでない。したがって、ここで解明されるべきなのは、「利益の移転」が生じること、その物の所有者にいかなる損害が発生するのか、ということである。

この点、平川は、前述の通り、「他人の損害において不法な経済的利益を取得する」ことを、領得罪を重く処罰する根拠とする。⁽¹⁰³⁾しかし、「利益の取得」よりも、むしろそれに対応する「損害」が問題なのである。それゆえ、「利益の移転」に関連づけられた「損害」が、所有権侵害、占有侵害とどう異なるのか、これを明らかにしなければならぬ。この所有権侵害、占有侵害とは異なる「損害」を明らかにしてはじめて、領得罪を不要としつつ、領得罪と器物損壊罪の区別を合理的に根拠づけることができると思われるのである。

(4) 小括

本章では、領得罪における領得意思の要否について論じたが、さらに進んで領得罪と器物損壊罪の不法内容の違いについてまで検討することができた。まず、本章の主要テーマである領得意思の要否については、領得罪においてこれを故意とは別個に要求するのは不当であると結論づけた。領得意思の内容をいかに分析したとしても、「排除意思」は所有権侵害の故意に還元され、「利用意思」も所有権侵害とは直接の関係にないため、違法要素となりえない。この点につき、「利用意思」を違法要素とする見解は、違法性に一般予防を直結させることになり、不当である。たとえ「利用意思」のみを責任要素としたとしても、その内容が明らかでなく、領得罪と毀棄隠匿罪を適切に区別することはできない。しかも、一般予防の観点から「利用意思」を責任要素とすることは、「違法なき責任」を認めることになり、

不当である。したがって、領得意思不要説が正しいといわなければならない。

しかし、領得意思を不要としたときに、領得罪の法定刑の重さを的確に説明できないという疑問が出てくる。それゆえ、ここではむしろ領得罪と器物損壊罪の区別を解消すべきという見解が出てくるのである。だが、この見解に対しては、規範違反という観点だけでこの両罪を同等に扱う不当性を指摘した。したがって、あくまで犯罪論レベルで領得罪と器物損壊罪の区別を維持するよう説明するならば、その不法内容の違いを具体的に明らかにしなければならぬ。この点において、領得罪を所有権侵害だけでなく、財産秩序侵害という観点からも説明する見解をとりあげ、これを批判的に検討した。領得罪において所有権侵害とは別個に秩序侵害を考慮するこの見解の方向性は正当なものであるが、さらにその秩序侵害の意味を実質的に問うことが必要である。最後に、財産秩序侵害と方向性は同じくするものの、「利益の移転」を領得罪で問題とする見解を紹介した。しかし、この「利益の移転」に関連づけられる「損害の発生」がまさに重要なのである。すなわち、領得罪の法定刑の重さを合理的に説明するためには、この「損害」の内容が明らかにされなければならないと結論づけた。

以上では、逆に、いまだ占有離脱物横領罪の法定刑の軽さを十分検討することはできなかったが、ひとまずこの点は留保しておきたい。さて、ここまでの本稿の方向性は、領得罪の保護法益を基本的に所有権としつつ、領得意思を否定し、領得罪の法定刑の重さを説明するためには、所有権侵害とは異なる「損害」の発生が必要であるとするものである。この「損害」を明らかにするためには、まさに領得概念そのものを考察する必要がある。そこで次稿では、ドイツ刑法学の知見を参照しつつ、領得の対象、および領得行為・領得結果について検討を進めることにしたい。

(1) 背任罪固有の領域について、内田幸隆「背任罪の系譜、およびその本質」早稲田法学会誌五一卷(二〇〇二)一〇三頁参照。

- (2) 背任罪と横領罪との区別基準について、内田幸隆「背任罪と横領罪との関係」早稲田法学会誌五二卷(二〇〇二)四九頁参照。
- (3) 背任罪と詐欺罪との区別基準について、内田幸隆「背任罪と詐欺罪との関係」早稲田法学会誌五三卷(二〇〇三)九五頁参照。
- (4) 詳しくは、内田・前掲注(2)七〇頁以下、同・前掲注(3)一一一頁以下および一三四頁以下参照。
- (5) 器物損壊罪の行為態様について、物理的損壊だけでなく、効用の喪失を問題にしたとしても、これらの行為は法益侵害レベルにおいて所有権に関連づけられるものである。なお、前田雅英は横領罪の保護法益の中に所有権を必ずしも含めていない(同「刑法各論講義」(第三版)(東京大学出版会、一九九九)二六一頁参照)。また、法秩序の統一性という観点から横領罪の保護法益につき再構成をめざす見解として、田山聡美「不法原因給付と横領罪の成否(二)——刑法と民法の交錯——」早稲田大学法研論集九一号(一九九九)一三〇頁以下参照。
- (6) 近時においては、占有説とも本権説ともいえない中間説が数多く主張されている。現在の理論的対立状況について、山口厚「問題探究刑法各論」(有斐閣、一九九九)九八頁以下参照。
- (7) 団藤重光「刑法綱要各論」(第三版)(創文社、一九九〇)五六二頁注(五)、大塚仁「刑法概説(各論)」(第三版)(有斐閣、一九九六)一八二頁注(五)、大谷實「新版刑法講義各論」(追補版)(成文堂、二〇〇二)一九三頁。これに対して、岡野光雄「刑法要説各論」(第四版)(成文堂、二〇〇三)一一二頁。さらに、伊東研祐「現代社会と刑法各論」(第二版)(成文堂、二〇〇二)二〇八頁以下の議論を参照。
- (8) 平野龍一「刑法各論の諸問題7」法学セミナー二〇九号(一九七三)五四頁。
- (9) 伊東・前掲注(7)二〇九頁。さらに岡野・前掲注(7)一二二頁参照。
- (10) 例えば、占有説の見地から、前田・前掲注(5)一四九頁、一七八頁、木村光江「刑法」(第二版)(東京大学出版会、二〇〇二)二二八四頁、二九五頁、岡野・前掲注(7)一〇一頁以下、一二二頁、川端博「刑法各論概要」(第三版)(成文堂、二〇〇三)一四五頁、一五四頁。中間説の見地から、藤木英雄「刑法講義各論」(弘文堂、一九七六)二七三頁以下、平野龍一「刑法概説」(東京大学出版会、一九七七)二〇四頁以下、佐久間修「刑法講義(各論)」(成文堂、一九九〇)一〇八頁、一二二頁、平川宗信「刑法各論」(有斐閣、一九九五)三三六頁、三四九頁、大塚・前掲注(7)一八一頁以下、一九一頁、中森喜彦「刑法各論」

〔第二版〕(有斐閣、一九九六)一一〇頁、一一八頁、大谷・前掲注(7)一九二頁、二二三頁、西田典之『刑法各論』(第二版)〔弘文堂、二〇〇二〕一四五頁、一五三頁、福田平『全訂刑法各論』(第三版増補)〔有斐閣、二〇〇二〕二一九頁、二二七頁、堀内捷三『刑法各論』(有斐閣、二〇〇三)一一四頁、一一八頁以下、山口厚『刑法各論』(有斐閣、二〇〇三)一九一頁以下参照。ただし、中間説の中には、最終的には所有権その他本権もまた窃盗罪をはじめとする奪取罪において保護されているというものがある(大塚・前掲注(7)一八一頁以下、大谷・前掲注(7)一九四頁、福田・前掲二一九頁、山口・前掲一八四頁)。しかし、これらの見解においては、「本権」そのものが保護の対象になっているのか、それとも保護に値する「占有」が保護の対象になっているのか明確でない。さらにいえば、事実状態を記述する「占有」と「占有」に対する権原を記述する「本権」を同じレベルで扱うのは適当でない。

(11) (修正) 本権説の見地から占有の転換を要求するものとして、例えば、団藤・前掲注(7)五六〇頁、五七九頁、内田文昭『刑法各論』(第三版)〔青林書院、一九九六〕二四九頁以下、二五三頁、林幹人『刑法各論』(東京大学出版会、一九九九)一六七頁以下、一九三頁、曾根威彦『刑法各論』(第三版補正版)〔弘文堂、二〇〇三〕一一四頁以下、一二二頁。

(12) 例えば、林・前掲注(11)一六七頁以下、一九九頁以下。

(13) ただし、林自身はそう考えていないと思われる(林・前掲注(11)二〇三頁参照)。

(14) 例えば、内田文昭『不法領得をめぐる最近の議論について』法曹時報三五卷九号(一九八三)一八頁。

(15) なお、占有の転換と領得行為を客観的に直結させるものとして、s. Urs Kindhäuser, Zum Tatbestand der Unterschlagung (§ 246 StGB), Gössel-FS, 2002, S. 451ff. の論文の紹介として、内田幸隆『ウルス・キントホイザー『横領罪の構成要件について』早稲田法学七九卷一号(二〇〇三)二六一頁以下参照。

(16) 内田・前掲注(14)一〇頁以下。

(17) 例えば、中森喜彦『不法領得の意思』『刑法基本講座』第五卷(法学書院、一九九三)八七頁参照。

(18) 中森・前掲注(10)一二二頁。

(19) さらに、林・前掲注(11)二〇四頁参照。ただし、林は、一般予防の見地から責任を規定すべきだとする(林幹人「意思の自由と規範の防衛」『刑法の基礎理論』(東京大学出版会、一九九五)一〇頁以下)。

(20) 中森・前掲注(10)一一〇頁以下参照。

- (21) この点につき、s. Rochus Wallau, Sachbeschädigung als Zueignung?, JA 2000, S. 255.
- (22) 中森・前掲注(17)九五頁。さらに、豊田健「毀棄、隠匿の目的と不法領得の意思」法学研究六一巻二号(一九八八)二六〇頁参照。同じく、井田良は、不法領得の意思は行為の規範違反性(行為無価値性)を強める要素として主観的違法要素となるという(井田良『刑法各論』(弘文堂、二〇〇二)八〇頁)。
- (23) 例えば、井田良「結果無価値と行為無価値」現代刑事法一号(一九九九)八五頁、増田豊「規範論による行為無価値の目的論的・比例的縮小——比例の原則と不能犯・抽象的危険犯・過失犯の構造」『三原憲三先生古稀祝賀論文集』(成文堂、二〇〇二)二八七頁以下、同「犯罪論における法益侵害結果の重要性——最もラディカルな結果無価値論としての結果免責主義の言語ゲーム——」法律論叢七六巻一号(二〇〇三)五頁参照。ただし、行為無価値評価の中に「社会生活上のルール」という一般基準を取り込むことは(井田・前掲八六頁)逆に国民に対する刑法の告知機能・提示機能(同論文八四頁)を失わせるものである。
- (24) これに対して芝原邦爾「不法領得の意思」法学セミナー三三六号(一九八三)一一七頁は、現行刑法は窃盗罪を個人的法益に対する罪と規定しているのだから、財産秩序全体に対する侵害の危険性という要素を直接刑法的評価として取り入れることはしていないという。しかし、そのような主張は、理論的に見れば結論の先取りであるように思われる(財産秩序全体に対する侵害の危険性を重視する立場からの反論として、豊田・前掲注(22)二六一頁参照)。
- (25) 団藤・前掲注(7)五六四頁注(一一)。
- (26) 窃盗罪を領得未遂罪とする見解として、中山研一『口述刑法各論』(第三版)(成文堂、一九八七)一八九頁参照。
- (27) 平野龍一「刑法各論の諸問題8」法学セミナー二二一号(一九七三)一三〇頁以下。
- (28) 平野龍一「不法領得の意思をめぐって(一)」警察研究六一巻五号(一九九〇)五頁。
- (29) Eberhard Schmidhäuser, Über die Zueignungsabsicht als Merkmal der Eigentumsdelikte, Bruns-FS, 1978, S. 348ff, 362f. この論文の紹介として、斉藤豊治・甲南法学二二巻一一二号(一九八〇)七一頁以下。
- (30) Schmidhäuser, a. a. O. (Anm. 29), S. 363.
- (31) 山口・前掲注(10)一九七頁。さらに同・前掲注(6)一一七頁以下。
- (32) 林・前掲注(11)二〇一頁以下。これら山口や林の見解の他に、大谷・前掲注(7)一九八頁参照。

(33) 林幹人「横領行為と不法領得の意思」研修六六九号(二〇〇四)五頁は、窃盗罪において「客観的に実現される必要があるのは、窃取であって、領得ではない」とし、「領得は犯罪の結果であって、その内容ではない」とする。また、同六頁は、横領行為について「不法領得までは必要ではないが、保護法益である所有権の侵害に向けて一定限度の危険が必要である」ともいう。

(34) 平野・前掲注(10)一〇九頁以下。

(35) 山口厚『刑法総論』(有斐閣、二〇〇二)二三四頁。

(36) 林幹人『刑法総論』(東京大学出版会、二〇〇〇)一〇九頁以下。さらに、同・前掲注(11)二〇〇頁以下。

(37) 西田・前掲注(10)一五八頁以下。

(38) 齊藤豊治「近年の不法領得の意思論」『齊藤誠二先生古稀記念』(信山社、二〇〇三)四三〇頁。

(39) 齊藤豊治「不法領得の意思」『現代刑法講座』四卷(成文堂、一九八二)二四五頁以下、二四九頁以下。

(40) 齊藤・前掲注(38)四二九頁以下。さらに、安里全勝「不法領得の意思についての考察」山梨学院大学法学論集六号(一九八三)五四頁、同「不法領得の意思」現代刑事法二二号(二〇〇〇)三九頁、前田・前掲注(5)一六一頁、曾根・前掲注(11)一二四頁以下、同『刑法の重要問題(各論)』(補訂版)(成文堂、一九九六)一三七頁、生田勝義「上田寛」名和鐵郎「内田博文」『刑法各論講義』(第三版)(有斐閣、二〇〇三)九九頁参照(名和)。この点につき、窃盗罪において利用可能性を一定程度以上に侵害するという意味での権利者を排除する意味は、可罰的な法益侵害の危険性という客観的要素に完全に対応しており、それゆえ、このようなものとしての権利者排除意思は主観的超過要素でないことを指摘するものとして、川島健治「窃盗罪における権利者排除意思——窃盗罪における法益侵害との関連において——」『青山法学論集四二巻四号(二〇〇一)九七頁以下参照。

(41) 無論、この点につき、違法評価が法益侵害に尽きるものではないとする立場からは異論があるものと思われる。本稿ではこの問題に対して詳細に検討を加える余裕はないが、ひとまず財産犯における違法評価のあり方につき、内田・前掲注(3)一〇三頁以下参照。

(42) 前田・前掲注(5)一六四頁、堀内・前掲注(10)一二二頁、平川宗信「後藤昭編『刑事法演習』」(有斐閣、二〇〇三)二二四頁(「松宮孝明」)。

- (43) 山口・前掲注(6)一二二頁。
- (44) さらに、安里・前掲注(40)山梨学院大学法学論集六号五四頁、同・前掲注(40)現代刑事法一二号三九頁、平野・前掲注(28)五頁、林・前掲注(11)二〇三頁以下、大谷・前掲注(7)一九八頁、西田・前掲注(10)一五六頁、佐伯仁志「窃盜罪をめぐる3つの問題——財物の費消、占有の相続、不法領得の意思——」研修六四五号(二〇〇二)七頁参照。また、違法要素か責任要素か必ずしも明らかにしないが、以上のような説明をするものとして、園田寿「不法領得の意思」関西大学法学論集三一巻二二三―四号(一九八一)四四八頁、斎藤信治「不法領得の意思の必要性」『八木國之先生古稀祝賀論文集』上巻(法学書院、一九九二)三八二頁、伊東研祐編『はじめての刑法』(成文堂、二〇〇四)二四頁以下参照〔内田浩〕。
- (45) 平野・前掲注(28)六頁。
- (46) 平野・前掲注(28)五頁。
- (47) 平野・前掲注(10)二〇四頁。
- (48) この点につき、佐伯・前掲注(44)九頁参照。
- (49) 宮本英脩『刑法大綱』(弘文堂、一九三五)三三五頁以下。なお、本書の引用は、『宮本英脩著作集』第三巻(成文堂、一九八四)によった(以下同様である)。
- (50) 萩原滋『刑法概要(各論)』(第二版)(成文堂、二〇〇二)六四頁、岡野・前掲注(7)一〇四頁。ただし、これらの論者は、「経済的用法」の内容を比較的緩やかに解してよいという。さらに、経済的支配の意思、経済的利益を取得する意思を含めて、経済的利用の意思とする見解として、安里・前掲注(40)山梨学院大学法学論集六号八一頁、同・前掲注(40)現代刑事法一二号三七頁以下参照。また、財物を利用・処分して「その使用価値または交換価値を享受する意思」を問題にするものとして、柏木千秋『刑法各論(下)』(有斐閣、一九六一)四二四頁、財物の「経済的価値を支配する意思」を問題にするものとして、瀧川幸辰『刑法各論』(世界思想社、一九五二)一二三頁以下参照。
- (51) 「経済的用法」及び「本来的用法」のいずれの場合にも、利用意思を認める見解として、木村光江「主観的犯罪要素の研究——英米法と日本法——」(東京大学出版会、一九九二)二七二頁以下、前田・前掲注(5)一六四頁以下。
- (52) 豊田・前掲注(22)二六七頁、中森・前掲注(10)一二二頁、大谷・前掲注(7)一九八頁、西田・前掲注(10)一五七頁、山口・前掲注(10)一九九頁以下。

- (53) 斎藤信治「不法領得の意思」法学教室(第二期)五号(一九七四)一三三頁、同・前掲注(44)三八三頁。
- (54) 宮本・前掲注(49)三二七頁以下参照。
- (55) 内田・前掲注(14)九頁以下参照。
- (56) 瀧川・前掲注(50)一二三頁、園田・前掲注(44)一二七頁注(1)、佐伯・前掲注(44)九頁参照。
- (57) 山口・前掲注(10)三四五頁以下。
- (58) 山口・前掲注(10)二〇〇頁参照。
- (59) 林美月子「不法領得の意思」刑法の争点(新版)(一九八七)二五五頁は、行為者による物の利用可能性の取得について、これを領得と評価し、主観的要件は奪取の認識つまり故意だけで十分とする。すなわち、林は、窃盗罪において占有の移転と領得とが一致すると主張するのである(同「窃盗罪における不法領得の意思についての一考察(四・完)」警察研究五三卷七号(一九八二)三七頁以下)。
- (60) 内田・前掲注(14)一〇頁。
- (61) 西田・前掲注(10)一五六頁、山口・前掲注(10)二〇〇頁。さらに、違法要素説の立場から、中森・前掲注(17)九三頁参照。
- (62) さらに、石堂淳「窃盗罪における不法領得の意思についての一考察——窃盗罪と毀棄・隠匿罪の区別機能をめぐって——」『阿部純二先生古稀祝賀論文集』(第一法規、二〇〇四)二八一頁参照。
- (63) 山口・前掲注(6)一二三頁。
- (64) さらに、石堂・前掲注(62)二八二頁参照。
- (65) 以上につき、斎藤・前掲注(38)四五〇頁以下。ただし、斎藤は、占有離脱物横領と占有を侵害する態様の器物損壊を較べる場合、占有侵害の有無も刑の格差に影響するという(同論文四五〇頁)。
- (66) この点につき、内田・前掲注(14)一八頁、林美月子・前掲注(59)刑法の争点二五五頁、曾根・前掲注(11)一二六頁参照。さらに、内田・前掲注(11)二五四頁以下参照。
- (67) 伊東研祐編『はじめての刑法』(成文堂、二〇〇四)一二七頁参照(照沼亮介)。ただし、照沼は、領得意思についてこれを主観的違法要素とし、器物損壊罪よりも領得意思をもった領得罪のほうが違法性が高いと主張するのかもしれない(同論文一二九頁参照)。

- (68) 違法要素説をとり、違法性において一般予防を直結させる見解に対する批判は、前述の通りである。
- (69) その代表的な論者として、林幹人・前掲注(11)二〇四頁、同・前掲注(19)一〇頁以下参照。
- (70) 所一彦「抑止刑再論」『松尾浩也先生古稀祝賀論文集』上巻(有斐閣、一九九八)一一一頁。
- (71) 萩原滋「罪刑均衡の判断方法」『三原憲三先生古稀祝賀論文集』(成文堂、二〇〇二)二三四頁。
- (72) 萩原・前掲注(71)二四一頁。
- (73) 萩原・前掲注(71)二二九頁以下参照。
- (74) 曾根威彦『刑法学の基礎』(成文堂、二〇〇一)四三頁、四七頁以下参照。さらに石井徹哉「故意責任の再構成」刑法雑誌四三巻二号(二〇〇四)二六頁以下参照。目的論的な責任概念に対する根本的な批判として瀧川裕英『責任の意味と制度——負担から応答へ——』(勁草書房、二〇〇三)一一〇頁以下参照。
- (75) この点につき、s. Wallau, a. a. O. (Ann. 21), S. 255.
- (76) この点につき、本庄武は、量刑の基本原理を抑止刑論としつつ、刑罰の抑止効果を長期的な経験にしたがって確認する他ないという(本庄武「刑罰論から見た量刑事情(2)」一橋法学一卷二号(二〇〇二)一六〇頁注(230)、同「刑罰論から見た量刑事情(3・完)」一橋法学一卷二号(二〇〇二)一八六頁以下)。しかし、責任に基づく量刑は、まさに刑を科されるその行為者個人にとって正当化されなければならないと思われる。
- (77) 松原芳博は、積極的一般予防論について、「予防のメカニズムを抽象化・観念化し、その可視性ないし検証可能性を低下させた」と指摘する(松原芳博「刑事責任の意義と限界」法律時報七六巻八号(二〇〇四)八頁)。
- (78) 石井・前掲注(74)二九頁参照。この点につき、松原芳博は、刑事責任を問うことの意味について、法益侵害行為に対する法的な非難の表明を通じて、行為者を含めた国民一般の法益尊重意識を覚醒させ、よって犯罪予防を実現していくことにある、と述べている(松原・前掲注(77)八頁)。だが、行為者の責任を問う過程において、必ず法的な非難の表明を通過しなければならないとしたら、むしろ犯罪の予防は、この法的な非難にとって二次的な問題に過ぎないのではないかと思われる。犯罪の予防が刑罰の最終目標であって、この目標さえ達成できるならば、行為者の非難はあってもなくてもどちらでもよいはずだからである。松原自身も、責任主義を刑罰目的の達成可能性だけから根拠付けるのは躊躇を覚えると述べている(同論文一一頁)。
- (79) 松宮孝明「『横領』概念について」産大法学三四巻三号(二〇〇〇)三二一頁。

- (80) 団藤・前掲注(7)五六三頁。
- (81) 団藤・前掲注(7)五六六頁注(一八)参照。
- (82) Wallau, a. a. O. (Anm. 21), S. 249.
- (83) Wallau, a. a. O. (Anm. 21), S. 254f. *zu § 21* s. Kindhäuser, a. a. O. (Anm. 15), S. 466f.
- (84) Wallau, a. a. O. (Anm. 21), S. 255f.
- (85) Wallau, a. a. O. (Anm. 21), S. 256.
- (86) Wallau, a. a. O. (Anm. 21), S. 256.
- (87) 内田・前掲注(14)一八頁。
- (88) 内田・前掲注(11)二四九頁。
- (89) この点につき *zu § 21* s. Schönke/Schröder/Eser, 26. Aufl., 2001, § 242 Rn. 2.
- (90) この点につき *zu § 21* s. Kindhäuser, a. a. O. (Anm. 15), S. 454, 466.
- (91) 以上につき、大塚仁『注解刑法』(増補第二版)(青林書院新社、一九七七)一〇六一頁。さらに、占有侵害が財産秩序にとって重要な意味を持つことを指摘する見解として、川端・前掲注(10)一三〇頁、同「窃盗罪における不法領得の意思」刑法の争点〔第三版〕(二〇〇〇)一六五頁参照。
- (92) 小田直樹「財産犯論の視座と詐欺罪の捉え方」広島法学二六卷三号(二〇〇三)二一〇頁。
- (93) 小田・前掲注(92)二一五頁。
- (94) 小田・前掲注(92)二一五頁以下。
- (95) 以上につき Thomas Rönnau, Die Dritt-Zueignung als Merkmal der Zueignungsdelikte, GA 2000, S. 424ff.
- (96) S. Rönnau, a. a. O. (Anm. 95), S. 427. および 小田・前掲注(92)二一九頁以下参照。
- (97) 曾根・前掲注(11)二二六頁。
- (98) 平川・前掲注(10)三四七頁。なお、同じく領得意思不要説をとりつつ、窃盗罪においては、他人の利用可能性を排除し、自己または第三者に「物の利用可能性」を設定することが、その違法内容であるとする見解として、山火正則「不法領得の意思の意義」判例評論三五四号(一九八八)七四頁。しかし、「物の利用可能性」自体は、所有権侵害の内容として論じられるべき

ものである。

- (99) 曾根・前掲注(74)一八九頁。
- (100) 曾根威彦『刑法総論』(第三版)(弘文堂、二〇〇〇)九一頁。
- (101) 曾根・前掲注(40)一四一頁。
- (102) この点につき、s. Schmidhäuser, a. a. O. (Anm. 29), S. 348f.
- (103) 平川・前掲注(10)三四七頁。